

**Das Verhältnis von Amtsunterschlagung
zu einfacher Unterschlagung**

Werner Pusinelli

1961

DAS VERHÄLTNIS

=====

VON AMTSUNTERSCHLAGUNG ZU EINFACHER UNTERSCHLAGUNG

=====

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität

zu München

vorgelegt von

Werner Pusinelli

1961

Referent: Prof. Dr.Dr. K. Engisch

Correferent: Prof. Dr. R. Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Febr. 1961
(Schlussberatung)





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Literaturverzeichnis

=====

- Abegg: Versuch einer Geschichte der Strafgesetzgebung und des Strafrechts der Brandenburg-Preussischen Lande, 1835
- Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9.Aufl.1934
- v.Bar: Handbuch des Deutschen Strafrechts, I.Bd.1892
- v.Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, I.Bd.1906
- Beling: Grundzüge des Strafrechts, 8.-9.Aufl.1925
- Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18.Aufl.1898
- Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd.I 2.Aufl.1902, Bd. II 1905
- Binding: Handbuch des Strafrechts, Bd.I.1885
- Binding: Die Normen und ihre Übertretung, I.Bd.4.Aufl.1922, II.Bd.2.Aufl.1914/16, III.Bd. 1918, IV.Bd. 1919
- Binding: Grundriss, Allg.Teil, 7.Aufl.1907
- v.Birkmeyer: Strafrecht, Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, 2.Aufl.1904
- Bohne: Amtsdelikte, Handbuch des Rechts, hsg.von Stier-Somlo, I.Bd. 1925
- Bollack: Die Amtsunterschlagung, Diss. Freiburg/Br., 1943
- Borchert: Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, 1888
- Brand: "Amtsunterschlagung bei Mitgewahrsam?" NJW 48,548
- Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte, I.Bd.1847, II.Bd.1892
- Dalcke: Strafrecht und Strafverfahren, 35.Aufl. 1950
- Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Leipz.K., I.Bd. 7.Aufl. 1954, II.Bd. 6/7. Aufl. 1951
- Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, I.Bd.5.Aufl. 1843/44
- Eichhorn: Die Amtsunterschlagung ein delictum sui generis? Diss. München 1951
- Engisch: Die Relativität der Rechtsbegriffe, Sonderdruck aus den deutschen Landesreferaten zum V. Internationalen

Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel, 1958

- Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen
peinlichen Rechts, hrgs.v.Mittermaier, 14.Aufl.
1847
- Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I.Allg.Teil,
1904
- Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,
17.Aufl.1926
- Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, ein Lehrbuch, 2.Aufl.
1932
- Gleispach: Die Veruntreuung vertretbarer Sache, I.Bd.1905
- Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preuss
Staaten, 1852
- Groetschel: Die Problematik des § 350 StGB, NJW 54,1108
- Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, II.Bd., 1887
- Hälschner: Das Preussische Strafrecht, 1858/68
- Harburger: Diebstahl und Unterschlagung, Vergl.Darstellung
des deutschen und ausländischen Strafrechts,
Bes.Teil, Bd. 6,1906, S.183
- Hartung: Der strafrechtliche Beamtenbegriff, Deutsche
Rechtspflege, 1939, S. 70
- Kecker: Der Gerichtssaal, Bd. 31, 1879, S. 481ff
- Heffter: Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts,
5.Aufl., 1854
- v.Hippel: Deutsches Strafrecht, I.Bd. 1925, II.Bd. 1930
- His: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, II.
Teil, 1935
- His: Geschichte des deutschen Strafrechts, 1928
- Hochheiser: Der Beamtenbegriff im deutschen Strafrecht, 1929
- Holl: Der Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinn,
1907
- Klein: Grundsätze des peinlichen Rechts, 1796
- Kleinschrod: Die Unterschlagung anvertrauten Staatsvermögens,
Altes Archiv des Criminalrechts, Bd.3, Stück 4,
Nr. 5, 1801
- Kohler: Studien aus dem Strafrecht, 1897

- Köhler: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1917
- Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch, 39./40. Aufl., 1950
- Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I. Bd. 5. Aufl. 1911
- v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927
- Lueder: Die Entwicklung des selbständigen Begriffs der Unterschlagung im älteren deutschen Recht, Diss., Erlangen, 1894
- Maurach: Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch, Allg. Teil, 2. Aufl., 1958, Bes. Teil, 3. Aufl. 1959
- Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915
- Mayer: Das Strafrecht des deutschen Volkes, 1936
- Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889
- Meves: Die Amtsverbrechen, Handbuch des Deutschen Strafrechts, hrsg. v. Holtzendorff, Bd. I-IV, 1871/77
- Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1895
- Mezger: Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949
- Mezger: Strafrecht, Ein Studienbuch, Bes. Teil, 3. Aufl. 1952
- Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht, 1906
- Munzinger: Die sog. eigentlichen und die sog. uneigentlichen Amtsdelikte, Diss. München 1934
- Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903
- Neumeyer: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. 9, 1907, S. 309ff
- Olshausen: Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 1927
- Oppenheim: Die Rechtsbeugungsverbrechen, 1886
- Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. 1901
- Ortmann: Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, in Goltdammers Archiv Bd. 22, 1874, S. 392
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 1955
- Pollack-Jurisch: Grundriss des Strafrechts, 1949
- Puppe: Die Begriffe "Beamter" und "Amt" im RStGB, Diss., Heidelberg, 1908

- Riezler:** In Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 34, 1940/41, S. 162
- Rosshirt:** Über den Begriff des römischen furtum und des deutschen Diebstahls, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 3, 1. Stück, 1819
- Rotering:** Gewahrsam, Befriedung und Mitgewahrsam im Sinne der §§ 242, 246 StGB, Der Gerichtssaal, Bd. 38, 1886, S. 200ff
- Rüdorff:** Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1871
- Salchow:** Systematische Entwicklung des Verbrechens der Entwendung, 1806
- Schönke:** Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., 1959
- Schütze:** Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1869
- Schwarz:** Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl, 1958
- v. Schwarze:** Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1884
- Sohm:** Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung, I. Bd., 1871
- Sonanini:** Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen, Diss. Erlangen, 1897
- Stock:** Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, 1932
- Theis:** Der Begriff des Gewahrsams bei der Amtsunterschlagung, Süddeutsche Juristenzeitung 49, 254
- Wachenfeld:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914
- Wachinger:** Verbrechen und Vergehen im Amt, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. 9, 1907, 8, 193
- v. Wächter:** Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, 1825
- v. Weber:** Grundriss des deutschen Strafrechts, 1948
- Welzel:** Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl. 1949
- Welzel:** Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958
- Zucker:** Skizze zu einer Monographie der Amtsverbrechen, 1. Abt.: Über die Stellung der sog. Amtsverbrechen im System des besonderen Teils des Strafrechts, 1870

Zeitschriften:

DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRZ	Deutsche Richterzeitung
GS	Der Gerichtssaal
HES	Höchststrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung

G l i e d e r u n g =====

Kapitel I

Allgemeines zur Auslegung

Kapitel II

Das Schutzobjekt des § 350 StGB

1. Das Wesen der sog. Amtsdelikte
 - a) Mißbrauch der Amtsbefugnisse im Allgemeinen
 - b) Verletzung eines speziellen Rechtsgutes
 - c) Verletzung der Amtsbefugnisse zum Zweck der Verletzung des speziellen Rechtsgutes
2. Die Aufgabe des § 350 StGB als uneigentliches Amtsdelikt
3. Das Verhältnis der Schutzobjekte der §§ 246 u. 350 StGB

Kapitel III

Der Täter der Amtsunterschlagung

1. Die Bedeutung des § 359 StGB für den Beamtenbegriff des § 350 StGB
2. Der Begriff des Beamten

Kapitel IV

Der Gegenstand der Amtsunterschlagung

1. Die Gleichheit der Deliktsobjekte in den §§ 246 und 350 StGB
2. Die Bedeutung der "Gelder" in § 350 StGB

Kapitel V

Empfang und Gewahrsam

1. Das Verhältnis zum Gesamttatbestand des § 350 StGB
2. Der Begriff des Gewahrsams u. des Empfangs in § 350 StGB
 - a) Die Einheitlichkeit des Gewahrsamsbegriffs
 - b) Die Bedeutung des Gewahrsams als Zugriffsmöglichkeit
 - c) Der zivilrechtliche Gewahrsamsbegriff
 - d) Das Verhältnis des Gewahrsamsbegriffs des § 350 StGB zu dem des § 246 StGB

- aa) Systematische Stellung des § 246 zu § 242 StGB
 - bb) Bedeutung der Verweisung des § 350 StGB auf § 246 StGB für den Gewahrsam i.S.d. § 350 StGB
 - cc) Verhältnis der Amtsunterschlagung zum Diebstahl
3. Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Tatbeständen der Unterschlagung, § 246 StGB, des Diebstahls, § 242 StGB und der Amtsunterschlagung, § 350 StGB
- a) Keine Konsumtion des § 246 durch §§ 242 oder 350 StGB
 - b) Möglichkeit der Idealkonkurrenz zwischen §§ 242 und 350 StGB
4. Der Gewahrsam bei mehreren Tatbeteiligten
- a) Gewahrsam als strafschärfender Umstand im Sinne des § 50 Abs.2 StGB
 - b) Amtsunterschlagung in Mittäterschaft
 - c) Teilnahme an der Amtsunterschlagung
 - d) Amtsunterschlagung in mittelbarer Täterschaft

Kapitel VI

Die amtliche Eigenschaft

1. Die Bedingtheit durch das Rechtsschutzobjekt des § 350 StGB
2. Der Begriff der amtlichen Eigenschaft
- a) aus der Sicht des Bürgers
 - b) aus der Sicht des Fiskus
3. Einzelfragen
- a) Die Zuständigkeit
 - b) Handeln bei Gelegenheit der Amtsausübung;
Wirkung eines Irrtums hinsichtlich der Zuständigkeit

Kapitel I

Allgemeines zur Auslegung

=====

Jede Auslegung eines bestimmten Strafgesetzes hat von dessen Text auszugehen. Mit dem strafrechtlichen Gesetzestext bringt der Gesetzgeber den Willen zum Ausdruck, daß ein bestimmter Tatbestand eine bestimmte Straffolge haben soll. Der Rechtswissenschaft fällt dabei die Aufgabe zu, den Text auszulegen, d.h. zu erklären, welcher Sinn und Inhalt den verkündeten Worten des Gesetzgebers in Zweifelsfällen zukommt.

Dabei kann es zu zwei verschiedenen Betrachtungsweisen kommen. Da der Wille des Gesetzes nicht durch ein Abstraktum, sondern durch abwägende Personen in Worte gefaßt wurde, liegt es nahe, die der Formulierung zu Grunde liegenden Überlegungen mit dem "Gesetzeswillen" gleich zu setzen. Dabei kann auf diese Weise eine Auslegung gefunden werden, die ein weitgehendes Maß an Logik und Konsequenz aufzuweisen hat. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch für diese Methode bei längerer Geltungsdauer des Gesetzes. Jede Generation sieht, um auf dem Gebiet des Strafrechts zu bleiben, die Strafwürdigkeit bestimmter Handlungen und Unterlassungen aus einer anderen Sicht. Die Betrachtungsweise unterliegt Umwandlungsprozessen, die die gesamten Wertungen eines Volkes ergreifen. Was vor einem Jahrhundert noch äußerst strafwürdig erschien, mag heute unter Betonung eines anderen Gesichtspunktes milder oder gar positiv bewertet werden. Zwangsläufig muß somit der Zeitpunkt kommen, in welchem das Gesetz zu einer unverstandenen Schablone erstarrt, wenn die Maßstäbe des historischen Gesetzgebers für die Auslegung allein ausschlaggebend bleiben.

Die zweite Betrachtungsweise weicht dieser Schwierigkeit aus, indem sie den Gesetzestext nur an Hand der Wertmaßstäbe mißt, die der jeweiligen Gegenwart eigen sind. Unsere

heutigen Anschauungen und Wertungen, das, was uns Heutigen als straf- und schutzwürdig erscheint, ist für die konkrete Sinnggebung entscheidend. Die Auslegung ist damit in einem, zunächst beunruhigenden Maße vom Subjektiven und Unvorhersehbaren abhängig. Die ethischen Vorstellungen, die Rechtsordnung, die dem Auslegenden vor Augen steht und die letztlich auf seinen höchstpersönlichen, logisch nicht weiter nachprüfbaren Wertungen beruht, beeinflussen den Kommentator entscheidend. Doch was hier zuerst als reine Willkür erscheinen mag, unterliegt im Alltag der Wissenschaft regulierenden Faktoren. Nur der Durchschnittsmeinung wird Gewicht zukommen. Aus Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes ist für die Auslegung der Grundsatz zu entnehmen, daß sie sich im Rahmen des Vorhersehbaren zu halten hat. Die Sinnggebung des Einzelwortes einer Norm muß sich daher verhältnismäßig eng an die volkstümliche Wortbedeutung halten. Schließlich kann das Auslegungsergebnis für den einzelnen Paragraphen nur dann anerkannt werden, wenn es in sinnvollem Zusammenhang mit den übrigen Normen steht.

Berücksichtigt man, daß die Deliktstatbestände zum Schutze des Eigentums im Rahmen des Strafgesetzbuches vom 15. Mai 1871 nunmehr schon fast ein volles Jahrhundert in Kraft sind, so kann nach dem oben Gesagten für die Auslegung der §§ 246 und 350 StGB nur die Betrachtungsweise zu sinnvollen Ergebnissen führen, die historisch bedingte Vorstellungen bewußt hintan stellt. Weniger der historisch lückenlose Entwicklungsgang als ¹⁾ praktikabel, sich widerspruchsflos in den Rahmen der gesamten Eigentumsdelikte fügendem Ergebnis müssen daher für die Abgrenzung der §§ 246 und 350 StGB bestimmend sein.

1) der Wunsch nach einem

Kapitel II

Das Schutzobjekt des § 350 StGB

=====

1. Das Wesen der sog. Amtsdelikte

Wie Stock ¹⁾ an Hand seiner grundlegenden Untersuchungen dargelegt hat, muss die Tätigkeit eines Beamten aus zwei voneinander unabhängigen Blickrichtungen beurteilt werden. Das Disziplinarrecht ahndet das Verhalten des Beamten als Verletzung der sich aus dem Anstellungsverhältnis gegenüber der anstellenden Institution ergebenden Pflichten. So schreibt auch Frank ²⁾ ... "richtet sich das bloße Disziplinarvergehen gegen die Ansprüche, die dem Staat als Dienstherrn gegenüber dem Beamten zustehen." Stock selbst ³⁾ betont: "Täter des Dienstvergehens ist der Beamte im Sinn des Staatsrechts, nicht als physische Person, sondern als Subjekt von Rechten und Pflichten auf Grund des Beamtenverhältnisses. Das staatsrechtliche Beamtenverhältnis begründet die disziplinelles Verantwortlichkeit, nicht das Innehaben eines Amtes". In ähnlichem Sinne äußert sich auch Wachinger ⁴⁾ und Laband ⁵⁾. Hecker ⁶⁾ dagegen ist der Ansicht, daß ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Disziplinar- und Kriminalstrafrecht nicht bestehe.

Das allgemeine Straf- oder Kriminalrecht ahndet demgegenüber die Verletzung der Verpflichtungen des Amtsträgers, die ihm im Verhältnis zur Allgemeinheit, zum Volk als Souverän obliegen. Mit dieser Unterscheidung ist eine Trennung gefunden, die einerseits die Richtung aufzeigt,

1) S. 40 ff.

2) Vorbem. vor § 331

3) S. 221

4) Vgl. Darst. B 9 S. 284 ff.

5) S. 469

6) S. 481

in welcher das Wesen der sog. Amtsdelikte zu suchen ist, die andererseits aber auch den Vorwurf der Doppelbestrafung ausschließt, den Bollack ⁷⁾ erhebt. Der Vorwurf der Doppelbestrafung besagt, daß ein und derselbe als strafwürdig angesehene Umstand zum Anlaß und zur Begründung einer mehrfachen Bestrafung genommen wird. Auch wenn mit Bollack ⁸⁾ zuzugeben ist, daß "die Verletzung der Amtspflicht in jedem Fall eine Verletzung der Dienstpflicht" darstellt, so schließt dieser Umstand doch nicht aus, daß beide Verletzungstatbestände zum gesonderten und von einander unabhängigen Anlaß einer Ahndung gemacht werden. Wie es sich bereits aus der Gegenüberstellung der Begriffe "Amtspflicht" und "Dienstpflicht" ergibt, handelt es sich eben doch um verschiedene Rechtsgüter.

Ist der allgemeinstrafrechtliche Gehalt der sog. Amtsdelikte aus der Pflichtenstellung des Amtsträgers gegenüber der Allgemeinheit zu entnehmen, so ergibt sich für das Rechtsschutzobjekt dieser Deliktsgruppe ein dreifacher Gesichtspunkt:

- a) Der Beamte trägt in seiner Funktion als ausübender Teil der Verwaltung eine besondere Verantwortung gegenüber dem Volk als Souverän, denn die Macht der Verwaltung, der "Obrigkeit" ist nach unserer heutigen Staatsauffassung nicht originärer, sondern abgeleiteter Natur. Die besondere Strafe für den Beamten rechtfertigt sich also aus dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs seiner ihm letztlich vom Volk verliehenen Befugnisse und der darin liegenden Mißachtung seiner Verantwortlichkeit. Da die vorerwähnten Befugnisse des Beamten in seinem Amt liegen, erfolgt die Bestrafung des Täters eines sog. Amtsdelikts somit in seiner Eigenschaft als Amtsträger. Das allgemeine Rechtsschutzobjekt der sog. Amtsdelikte liegt somit im generellen

7) S. 21 f.

8) S. 22

Amtsmißbrauch des Amtsträgers. In diesem Sinne äußern sich: Frank ⁹⁾ "Das Wesen der Amtsdelikte besteht in dem Mißbrauch der Amtsgewalt", Binding ¹⁰⁾ (Verletzung von Interessen Dritter durch den Träger einer Amtsgewalt als solchen), ganz besonders deutlich Hälschner ¹¹⁾ (Die Amtspflicht umfaßt die ordnungsmäßige Ausübung der hoheitlichen Funktionen; die Verletzung dieser besonderen Amtspflicht stellt das Wesen der Amtsdelikte dar) und Maurach ¹²⁾ "... nicht die Beamteneigenschaft als solche wirkt belastend, sondern der Mißbrauch derselben im Hinblick auf eine bestimmte Amtsfunktion". Demgegenüber läßt Bollack ¹³⁾ die entscheidende Pflichtenstellung des Beamten als Amtsträger nicht klar erkennen, wenn er schreibt: "Das Wesen der Amtsdelikte liegt ... in der durch die Handlung des Täters hervorgerufenen Fehlfunktion oder Gefährdung des normalen Funktionierens des Amtes". Meves ¹⁴⁾ endlich sieht das Wesen der Amtsdelikte in der besonderen Pflichtenstellung des Beamten, gemäß seiner Stellung als Beamter die sich daraus ergebende Amtspflicht zu erfüllen und ein dem Staate entsprechendes Benehmen zu beobachten. Eine systematisch befriedigende Abgrenzung zum Disziplinarrecht fehlt hier völlig.

- b) Neben dieses allgemeine Rechtsschutzobjekt, das die Eigenschaft des Beamten als Amtsträger zum Ausgangspunkt nimmt, tritt noch ein zweites, spezielles. Bei den "eigentlichen" Amtsdelikten richtet sich die Unterbindungsabsicht des Gesetzes gegen eine Tätigkeit, die so eng an die Verwaltungsarbeit geknüpft ist, daß sie schlechthin nur von einem Amtsträger vorgenommen werden kann. Das spezielle Rechtsschutzobjekt besteht hier in der gesetzesgemäßen Vornahme einer ganz bestimmten hoheitlichen Tätigkeit. Bei den

9) Vorbem. vor § 331

10) Lehrb. II 395 ff.

11) Bd. II S. 1018 ff

12) Bes. Teil Anm. II B 1 zu § 81

13) S. 25

14) S. 940

"uneigentlichen" Amtsdelikten dagegen bezweckt die Norm die Unterbindung einer Tat, die grundsätzlich unabhängig von der Innehabung eines Amtes begangen werden kann. So für die Gruppe der "eigentlichen" Amtsdelikte Oppenheim¹⁵⁾. Ähnlich dem Text äußern sich Bollack¹⁶⁾, Binding¹⁷⁾, Frank¹⁸⁾, R. Schmidt¹⁹⁾, Stock²⁰⁾.

- c) Das Wesen der uneigentlichen Amtsdelikte würde jedoch widersprüchlich bleiben, wenn nicht das Zusammentreffen und die Kausalität zwischen dem allgemeinen Rechtsschutzobjekt (vgl. o.a.) und dem speziellen (ob. b) zum Hauptziel der Schutzabsicht erklärt würde. Aus der Tatsache, daß nicht alle allgemeinen Delikte durch das Hinzutreten der Amtsträgereigenschaft des Täters eine besondere strafrechtliche Folge haben, folgt, daß das Wesen der uneigentlichen Amtsdelikte gerade in der kausalen Verknüpfung des Amtsmißbrauchs und der Verletzung des allgemeinen Rechtsschutzobjektes liegt. Nicht der Amtsmißbrauch an sich, nicht die real konkurrierende Verletzung einer Norm des allgemeinen Strafrechts, sondern der Mißbrauch des Amtes eben zur Verletzung eines gemeinen Schutzobjektes bildet das Wesen der uneigentlichen Amtsdelikte. Dabei ist der Zusammenhang immer dergestalt, daß die betreffende Amtsführung für den Amtsträger eine besondere Gelegenheit zur Verletzung eines bestimmten allgemeinen Rechtsgutes gibt. Daher gibt es auch keinen Diebstahl im Amt, keinen Totschlag im Amt, weil es unter normalen Verhältnissen kein Amt gibt, das zu dem Bruch fremden Gewahrsams oder der Tötung eines Menschen besondere Gelegenheit gibt.

15) S. 5 ff. und 14 ff.

16) S. 26

17) Lb. II S. 395

18) Vorbem. I zum 28. Abschnitt

19) S. 273

20) S. 251.

2. Die Aufgabe des § 350 StGB als uneigentliches Amtsdelikt.

Nach allgemein herrschender Ansicht handelt es sich bei § 350 StGB um ein sog. uneigentliches Amtsdelikt, um ein Delikt also, dessen Tatbestand u.a. den vollen Tatbestand eines gemeinen Delikts enthält. Die Bezeichnung der tatvollendenden Handlung mit "unterschlägt" enthält eine zwingende Verweisung auf den § 246 StGB, da erst in dieser Bestimmung die Definition des Rechtsbegriffes "Unterschlagung" gegeben wird. Dies wiederum ergibt sich aus der Formulierung "wegen Unterschlagung".

Die allgemeinen Grundsätze für uneigentliche Amtsdelikte (oben Ziff.1) ergeben für das Rechtsschutzobjekt des § 350 StGB folgendes:

- a) § 350 StGB bestraft den Amtsmissbrauch im Allgemeinen. Tatbestandsmäßig kommt dies in der Bezeichnung des Täters als "Beamter" zum Ausdruck. Da es sich dabei um den Mißbrauch der Machtbefugnisse handelt, die dem Amt zu seiner Erfüllung beigegeben sind, muß die Definition des Begriffes "Beamter" unter dem Gesichtspunkt der Amtsträgerschaft erfolgen.
- b) Geschütztes Rechtsgut ist weiter das Eigentum. Die Verweisung des § 350 StGB auf den Tatbestand des § 246 StGB muß auch die Wirkung haben, daß das Rechtsschutzobjekt des allgemeinen Unterschlagungstatbestandes mit in dem der Amtsunterschlagung enthalten ist.
- c) Wie die Überlegungen über das Wesen der uneigentlichen Amtsdelikte im allgemeinen ergeben haben, erschöpft sich die Absicht dieser Normengruppe weder im Schutze des allgemeinen, noch im Schutze des jeweiligen besonderen Rechtsgutes. Der Kern des Delikts ist vielmehr darin zu erblicken, daß die Möglichkeiten der Amtsträgerschaft zur Verletzung eines allgemeinen Rechts-

schutzobjektes mißbraucht werden. Entsprechendes gilt auch für § 350 StGB. Die gegenüber § 246 StGB verschärfte Strafdrohung richtet sich daher in erster Linie gegen den Mißbrauch der besonderen Zugriffsmöglichkeiten, die für den Täter der Amtsunterschlagung durch den vorausgegangenen Empfang oder die Gewahrsamsinnehabung in amtlicher Eigenschaft entstanden sind. Dies bedarf einer näheren Darlegung. Als geschützte Vermögensträger kommen in § 350 StGB einerseits der Bürger, andererseits der Staat in Betracht. Der Bürger ist in seiner Stellung als Eigentümer und Vermögensträger gegen rechtswidrige Angriffe bereits abgesehen von § 350 StGB durch verschiedene Bestimmungen des StGB geschützt. Im Mittelpunkt der Normen, die den potentiellen Täter vor einer rechtswidrigen Zuneigung zurückschrecken lassen sollen, steht § 246 StGB, der alle Fälle ergreift, in denen eine Zuneigung ohne gleichzeitigen Bruch von Gewahrsam oder Verletzung eines anderen Rechtsgutes erfolgt. Um § 246 StGB sind verschiedene Tatbestände gruppiert, die jeweils eine zusätzliche Angriffsrichtung (z.B. Verletzung des Gewahrsams in § 242 StGB) zum Anlaß gesonderter Bestrafung nehmen.^{20a)}

Damit § 350 StGB sinnvoll ist, muß daher in dieser Bestimmung ein Umstand ausschlaggebende Bedeutung haben, der einen gegenüber dem Sachverhalt der einfachen Unterschlagung erhöhten Schutz des Bürgers erfordert. Dieses stärkere Schutzbedürfnis des Bürgers kann sich nur aus seiner Stellung zum Staat, bzw. dessen Repräsentanten, dem Amtsträger ergeben.

Geht man von dem Regelfall der Unterschlagung nach § 246 StGB aus, so gibt dort der Eigentümer der Sache den Gewahrsam an der Sache freiwillig, zumindest aber nicht gegen seinen Willen, zugunsten des späteren Tä-

20a) Ähnlich Welzel, Das Deutsche Strafr. S.275

ters auf. Er begibt sich damit der Möglichkeit, die Sache eben durch die Ingewahrsamhaltung von rechtswidrigem Zugriff zu schützen. Das erhöhte Risiko, das der Eigentümer durch diese Aufgabe seines Gewahrsams erleidet, wird dadurch ausgeglichen, daß er sich im Rahmen der privatrechtlichen Vertragsfreiheit diejenige Person aussuchen kann, der er die Sache übergibt. Erscheint ihm diese nicht persönlich vertrauenswürdig, so muß er die Sache nicht gerade dieser Person übergeben.

Diese persönliche Auswahlmöglichkeit entfällt im Verhältnis des Bürgers zu einem hoheitlich tätigen Amtsträger. Durch eigene Vorsicht und Einflußnahme kann sich der Bürger gegen eine mögliche Unzuverlässigkeit des Beamten nicht wehren. Wendet er sich an den Staat, um einen Verwaltungsdienst in Anspruch zu nehmen, der die Übergabe einer Sache notwendig macht, oder erfüllt er, was häufiger ist, eine Leistungspflicht gegenüber dem Staat, so muß er mit dem zuständigen Amtsträger vorlieb nehmen, den der Staat für die Entgegennahme oder Verwahrung der zu übergebenden Sache bestellt hat. Darüber hinaus hat der Bürger kaum eine Möglichkeit durch Einzelaktionen unmittelbar auf das Tun der Verwaltung Einfluß zu nehmen. Dies alles ist die notwendige Folge der hoheitlichen Organisation unserer Verwaltung, die durch das generelle Unterordnungsverhältnis des Bürgers gekennzeichnet ist.

Im Gütertausch mit dem Staat als Verwaltungsträger ist für den Bürger also das Risiko eines Vermögensverlustes ungleich höher, als im Verkehr mit einem Mitbürger, der von der Vertragsfreiheit beherrscht ist. Eben dieses Risiko soll daher durch die schärfere Strafdrohung des § 350 StGB ausgeglichen werden.

Diese für den Bürger in seinem Verhältnis zum Staat ungünstige Stellung kann auch nicht durch die Überlegung in Frage gestellt werden, daß auch im privaten Rechts-

und Geschäftsverkehr Monopolstellungen desjenigen anzutreffen sind, dem die Sache in Gewahrsam gegeben sind. Bei der Frage nach dem Rechtsschutzobjekt einer Bestimmung kann es notwendig nur auf das Prinzipielle und die Regel ankommen. Die Ausnahmen des praktischen Lebensvorganges müssen durch die Möglichkeit, die Strafe im Umfang des Strafrahmens zu gestalten, berücksichtigt werden.

Neben dem Bürger kam als zweiter, durch § 350 StGB geschützter Vermögensträger der Staat in Betracht. Die Überlegungen, die das Interesse des Bürgers an einer schärferen Bestrafung des unterschlagenden Amtsträgers rechtfertigen, müssen hier notwendig ausscheiden.

Das erhöhte Schutzbedürfnis des Fiskus ist durch die demokratische Staatsauffassung bedingt. Nach ihr ist das Volk in seiner Gesamtheit der Souverän. Die Verwaltung ist damit dem Volk gegenüber verantwortlich, aus dessen Steueraufkommen auch letztlich alle Vermögenswerte angeschafft wurden, die im Staatseigentum stehen. Wird einem Privatunternehmer in dessen Betrieb eine Sache unterschlagen, so geht dies ausschließlich zu seinen Lasten. Für den Vermögensverlust an sich ist er niemandem verantwortlich. Wird dagegen eine Sache des Staates unterschlagen, so ist dies der Schaden des Volkes, das letztlich den Verlust bezahlen muß.

Um der erhöhten Verantwortung gerecht zu werden, ist daher auch der Fiskus als Vermögensträger auf eine erhöhte Bestrafung der Personen angewiesen, deren er sich zur Verwaltung seines Vermögens bedient. Die Verantwortung wiederum kann nur soweit reichen, als der Staat die Machtbefugnisse, die ihm vom Volk übertragen sind, seinerseits an seine Amtsträger weiterüberträgt. Das Interesse an einer verschärften Bestrafung einer durch einen Amtsträger begangenen Unterschlagung kann daher nur insoweit gerechtfertigt sein, als diese rechtswidrige Zu-

eignung gleichzeitig einen Mißbrauch der übertragenen hoheitlichen Befugnisse darstellt. Damit wird aber bereits deutlich, warum der durch einen Beamten begangene Diebstahl eine gegenüber § 242 StGB verschärfte Bestrafung nicht rechtfertigt, denn der stehlende Beamte mißbraucht keine hoheitlichen Befugnisse. Die Fragestellung, warum der unterschlagende Beamte, der doch "nur" das Eigentum verletze, nach § 350 StGB, der stehlende, der zusätzlich noch den Gewahrsam breche, dagegen nach dem "milderen" § 242 bestraft würde, ist damit einer befriedigenden Lösung zugeführt. Über die Konsequenzen für die sog. Fundunterschlagung durch einen beamteten Täter vgl. unten S. 37.

3. Das Verhältnis der Schutzobjekte der §§ 246 und

350 StGB.

Eine Übereinstimmung der Schutzobjekte besteht nach dem oben Gesagten darin, daß beide Bestimmungen die rechtswidrige Zueignung fremden Eigentums unter Strafe stellen. Damit erschöpfen sich aber die Gemeinsamkeiten. Weit über den Schutzzweck des § 246 StGB hinausschießend, ist die Absicht des § 350 StGB wesentlich differenzierter. Zwar fällt auch das Eigentum unter die durch die Norm der Amtsunterschlagung geschützten Rechtsgüter, doch hat die Eigentumsverletzung im Rahmen der Amtsunterschlagung durch ihre kausale Verknüpfung mit dem Amtsmißbrauch einen besonderen strafwürdigen Gehalt.

Kapitel III

Der Täter der Amtsunterschlagung

=====

1. Die Bedeutung des § 359 StGB für den Beamtenbegriff des § 350 StGB

Die Formulierung des § 359 StGB, "Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes", legt es nahe, in dieser Bestimmung eine Definition des Beamtenbegriffes zu sehen, die in gleicher Weise in allen Fällen gelten soll, in welchen im Strafgesetzbuch das Wort "Beamter" auftaucht. Dieser Lösung haftet notwendig eine gewisse Starrheit an, da es sehr wohl denkbar ist, daß bei der Verschiedenheit der Bestimmungen, in denen der Begriff des Beamten Verwendung findet, in dem einen Fall eine etwas engere, in dem anderen eine etwas weitere Sinngebung zweckmäßig ist. Von einem Teil der Wissenschaft wird daher die Auffassung vertreten, daß § 359 StGB lediglich eine rahmenmäßige Umschreibung dessen gebe, was unter einem Beamten zu verstehen sei, die konkrete Umgrenzung des Begriffes dagegen aus dem jeweiligen Rechtsschutzobjekt des in Frage stehenden Tatbestandes zu entnehmen sei. In diesem Sinne äußern sich v. Liszt-Schmidt ²¹⁾, Holl ²²⁾. Auch Nagler ²³⁾ scheint dieser Ansicht zuzuneigen, wenn er schreibt: "Täter des Sonderverbrechens kann nur der durch die Sondervorschrift verpflichtete sein, in dessen Person die Voraussetzungen der Täterschaft in Erscheinung treten. Wann dies der Fall ist, ist durch Auslegung der primären Rechtsvorschrift zu ergründen."

) S. 817

) S. 10 und RG 5,337

) S. 51

Dagegen erblicken Frank ²⁴⁾, Binding ²⁵⁾, Wachinger ²⁶⁾, Olshausen ²⁷⁾ und Laband ²⁸⁾ in § 359 StGB eine in allen Fällen eingreifende Definition des Beamtenbegriffes.

Ausgehend vom Wortlaut des § 359 StGB ist vorweg festzustellen, daß bei der gesetzlichen Begriffsbestimmung des "Beamten" nicht ersichtlich auf die etwaigen besonderen Bedürfnisse oder Zweckmäßigkeiten einzelnen Tatbestände eingegangen ist. Dieser Umstand spricht m.E. bereits prima facie dafür, daß der Beamtenbegriff in § 359 StGB eine einheitliche Regelung gefunden hat. Die Zerlegung in einen festen und in einen variablen, sich nach den Besonderheiten des Einzeltatbestandes richtenden Bestandteil ist zudem auch nicht notwendig. In dem Wort "Beamter" als Bezeichnung des Täters der sog. Amtsdelikte war zum Ausdruck gekommen, daß der Täter die hoheitlichen Befugnisse mißbraucht, die ihm vom Volk übertragen worden waren (Vgl. ov. S. 6). Aus der Täterbezeichnung "Beamter" ergab sich das allgemeine Rechtsschutzobjekt der Amtsdelikte. Während die jeweiligen Besonderheiten der einzelnen Amtsdelikte in dem immer vorhandenen, besonderen Rechtsschutzobjekt und in der kausalen Verbindung zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Rechtsschutzobjekt zu erblicken waren, blieb der Schutz des mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Amtes als allgemeine Absicht der Amtsdelikte stets gleich. Damit entfällt aber auch die Notwendigkeit, den Begriff des Beamten zu variieren, denn nur in ihm hat das allgemeine Rechtsschutzobjekt der Amtsdelikte seinen tatbestandsmäßigen Niederschlag gefunden. § 359 StGB gibt somit eine einheitliche Definition des Beamten. Durch den Begriff ist eine Umschreibung des Personenkreises gegeben, der die potentiellen Täter enthält, die sich gegen das allgemeine Rechtsschutzobjekt der Amtsdelikte vergehen können.

24) § 359 Anm. I

25) Lehrb. II S. 381 f.

26) S. 236

27) § 359 Anm. 2

28) S. 431

2. Der Begriff des Beamten

Der Wortlaut des § 359 StGB sagt wenig über den Begriff des Beamten. Entscheidend ist für den Begriff des Beamten nach dieser Bestimmung nur, daß die betreffende Person im inländischen Staatsdienst angestellt ist. Auf alle anderen möglichen Gesichtspunkte dagegen, wie un-mittelbarer oder nur mittelbarer Staatsdienst, Anstellung auf Zeit oder nur vorläufig und auf die evtl. Ab-leistung eines Dienstoides kommt es nicht an. Da mit dem Begriff der Anstellung nichts weiter zum Ausdruck kommt, als daß die Tätigkeit des Beamten auf Grund eines vertraglichen Verhältnisses zwischen ihm und dem Staat erfolgt, kommt es für den Begriff des Beamten letztlich entscheidend auf den Begriff des "Staatsdienstes" an.

Durch "Staatsdienst" kommt zum Ausdruck, daß es sich bei der Tätigkeit, die der Beamte ausübt, um eine solche handeln muß, die "staatlichen Zwecken unmittelbar oder mittelbar dient", wie Bollack ³⁰⁾ formuliert. In diesem Sinne äußern sich die Entscheidungen: RG 51,65; 51,398; 54,203; 56,366; 60,139; 62,24; 67,300; 69,23; 70,235; 72,290; JW 1935 S.2433; JW 1937 S. 759; HRR 1940 Nr. 962 ff. Der Begriff wird allgemein sehr weit gefaßt. So läßt es das RG in den Entscheidungen RG 24,82; 32,259; 68,71; 69,233 z.B. genügen, wenn es sich um Personen handelt, die im Dienst solcher privater Gesellschaften stehen, die ihrerseits von einer zuständigen Stelle zur Ausübung von staatlichen Zwecken dienenden Tätigkeiten berufen sind. Diese weite Fassung - Bollack ³¹⁾ spricht von einer bedenklichen "Verflüchtigung der Begriffe" - ist jedoch durchaus berechtigt, wenn man die zunehmende Allmacht und Zuständigkeit des Staates in allen Lebensbereichen bedenkt. Sie bedingt

30) S. 31

31) S. 32

eine erhöhte Verantwortlichkeit des Staates, was wiederum eine Ausdehnung der begrifflichen Umgrenzung des Personenkreises bedingt, dessen sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient.

Bei allen Personen, die "unter Berufung in das Beamtenverhältnis" zu sog. Beamten im staatsrechtlichen Sinne ernannt wurden, bedarf es keiner weiteren Prüfung, ob deren Tätigkeit staatlichen Zwecken dient. Dies ist eben durch die Ernennungsurkunde kundgetan. Die tatsächliche Tätigkeit eines solchen Beamten im staatsrechtlichen Sinne ist daher gleichgültig. Die Zwecksetzung ist auch dann noch gewahrt, wenn eine rein mechanische Tätigkeit vorliegt (so RG 60, 139). Dies ist auch richtig, denn die Art einer Tätigkeit kann nicht dafür entscheidend sein, welchen Zwecken sie dient.³²⁾

In allen übrigen Fällen, in denen die ~~staatsrechtliche~~ Beamteneigenschaft nicht vorliegt, muß die Tätigkeit der betreffenden Person zum Maßstab für das Vorliegen der strafrechtlichen Beamteneigenschaft gemacht werden. Sie muß in jedem Fall staatlichen Zwecken dienen.

Welzel³³⁾ umschreibt diese Personengruppe mit:

"alle Personen, die, ohne staatsrechtlich Beamte zu sein, durch ausdrücklichen oder stillschweigenden öffentlich-rechtlichen Akt mit hoheitsrechtlichen Dienstaufgaben betraut sind". Ähnliche Formulierungen bringen die folgenden Stellen: "RG 16,378; 20,70; 49,113; JW 1917 S.726. Dem ist zwar zuzustimmen, doch darf dabei die Rechtsschutzabsicht der sog. Amtsdelikte nicht ausser Betracht gelassen werden, die mit der Täterbezeichnung "Beamter" im Tatbestand zum Ausdruck kommt. Durch die Kennzeichnung des Täters als "Beamten" in Verbindung mit der gegenüber den gemeinen Delikten schärferen Strafdrohung kam in den Amtsdelikten zum Ausdruck, daß mit dem Beamten der Mißbrauch seiner, ihm letztlich vom

32) (Vgl. die Beispiele Welzels Grundz. S.254 u. RG 67,299; 68,70).
33) Grundz. S. 254 f.

Volk als dem Souverän verliehenen Befugnisse und die darin liegende Mißachtung seiner Verantwortung gegenüber dem Volk bestraft werden soll. Diese Möglichkeit, derartige Befugnisse zu mißbrauchen, ist daher für das Vorliegen der Beamteneigenschaft entscheidend. Aus dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzobjektes müssen daher alle die Personen unter den strafrechtlichen Beamtenbegriff fallen, denen auf Grund ihrer Verwendung durch den Staat Befugnisse anvertraut werden. Dies ist generell bei den Beamten im staatsrechtlichen Sinne der Fall. Wesentlich klarer als die Formulierung Welzels (s.o.) bringt dies für die Personengruppe, die sich nur aus den sog. strafrechtlichen Beamten zusammensetzt, der BGH z.B. in Bd. 4,117 zum Ausdruck, wenn er als Erfordernis für die strafrechtliche Beamteneigenschaft verlangt: Ihre Dienstverrichtungen müssen aus der Staatsgewalt abgeleitet sein und staatlichen Zwecken dienen. Durch die Betonung der abgeleiteten Staatsgewalt wird die Verbindung zu der oben bezeichneten Rechtsschutzabsicht hergestellt.³⁴⁾ Da das Wort "Beamter" üblicherweise mehr der Kennzeichnung des Verhältnisses des Beamten zu seinem Dienstherrn, als zum Publikum dient, erscheint es zweckmäßig, die Tätergruppe der Amtsdelikte mit "Amtsträger" zu bezeichnen. (Vgl. die Überschrift bei Maurach aa.O.)

34) (Vgl. auch Maurach Bes.Teil Anm. III C zu § 81; RG 60,139; 67,300; 75,396; BGH 2,120).

Kapitel IV

Der Gegenstand der Amtsunterschlagung

=====

1. Die Gleichheit der Deliktsobjekte in den §§ 246

und 350 StGB

§ 350 StGB umschreibt das Tatobjekt mit den Worten "Gelder oder andere Sachen". In § 246 StGB dagegen heißt es: "fremde bewegliche Sache". Ein Unterschied besteht jedoch nur scheinbar. § 350 StGB beschreibt die tatbestandsgemäße Zueignung mit "unterschlägt". Da es sich bei diesem Wort nicht um einen tatsachen-umschreibenden, sondern um einen Rechtsbegriff handelt, beinhaltet § 350 StGB eine zwingende Verweisung auf die einfache Unterschlagung. Da aber dort die Unterschlagung als die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache bezeichnet ist, muß es sich auch bei dem Tatobjekt des § 350 StGB um eine ebensolche fremde, bewegliche Sache handeln. Davon unabhängig sind Begriffe wie "Empfang" und "Gewahrsam" nur in Verbindung mit einer beweglicher Sache denkbar.

In der Wissenschaft besteht hierüber Einigkeit.³⁵⁾
Ebenso ist unbestritten, daß die Sache in gleicher Weise, wie in § 246 StGB eine "fremde" sein muss.³⁶⁾

35) Vgl. z.B. Kohlrausch § 242 Anm. 3, Schwarz § 350 Anm. 1, Bollack S.35, RG 3,344; 5,42; 11,117; 12,313; 14,121; 24,50; 29,111.

36) Statt aller vgl. Bollack S. 35

2. Die Bedeutung der "Gelder" in § 350 StGB

Während über die Identität des Sachbegriffes in den §§ 246 und 350 StGB kein Streit besteht, herrschen über die Bedeutung der "Gelder" in § 350 StGB die verschiedensten Ansichten. Von der reinen Wortlogik ausgehend, ist zunächst festzustellen, daß auch die Gelder "Sachen" im Sinne der §§ 350 und 246 StGB sind, wie aus dem "oder andere Sachen" hervorgeht. Der Begriff der Gelder ist somit in dem der Sachen enthalten. Demzufolge kommt dem Wort "Gelder" keine eigene tatbestandsbildende Bedeutung zu. Es ist kein Fall denkbar, in welchem zwar das Tatobjekt mit "Geld", nicht aber mit "Sache" bezeichnet werden könnte. Aus den sorgfältigen Untersuchungen Stocks³⁷⁾ geht eindeutig und klar hervor, daß die Übernahme der "Gelder" in den § 350 des heutigen Strafgesetzbuches lediglich eine historische Reminiszenz an die Begriffe des peculats und des crimen residui darstellt.

Von Frank³⁸⁾, Olshausen³⁹⁾, v. Liszt-Schmid⁴⁰⁾, Binding⁴¹⁾, Hälschner⁴²⁾ u.A. wird demgegenüber die Ansicht vertreten, die Bedeutung des Wortes "Gelder" liege auf zivilrechtlichem Gebiet: Gelder könnten nicht in das Eigentum des empfangenden Täters übergehen oder den Geldern fehle das Merkmal einer vertretbaren Sache im bürgerlichrechtlichen Sinne.⁴³⁾

37) S. 63 f., 65, 67 f., 145, 150, 200

38) § 350 Anm. II

39) § 350 Anm. 5

40) S. 826

41) Lehrb. I S. 279

42) das gem.dt.StrR II S. 1056

43) (So insbesondere auch RG 3,10; RG in Gold.A. 41,410; 46,52 und Welzel Grundz. S. 263).

Diesen Deutungsversuchen kann nicht gefolgt werden. Es ist vollkommen undenkbar, daß in einem strafgesetzlichen Tatbestand eine bürgerlichrechtliche Ausnahmebestimmung zu finden ist. In diesem Sinne äußert sich auch Bollack,⁴⁴⁾ der schreibt: "Sachen, die vom Zivilrecht als vertretbar bezeichnet werden, können diese Eigenschaft nicht in Einzelfällen verlieren. Die Aufbewahrung der Gelder durch einen Beamten kann diese Ansicht nicht begründen, da Anhaltspunkte dafür fehlen, daß die besondere Aufbewahrung die Vertretbarkeit von Sachen ausschließen könnte." Zu der speziellen Ansicht, daß durch "Gelder" zum Ausdruck komme, daß sie nicht in das Eigentum des empfangenden Beamten übergingen, ist wieder mit Bollack,⁴⁵⁾ darauf hinzuweisen, daß der Täter ohnedies als offener Stellvertreter des Staates auftritt und eine Übereignung an ihn seitens des Gebenden gar nicht beabsichtigt ist.

Selbst wenn man aber den zivilrechtlichen Deutungsversuchen des Reichsgerichts ⁴⁶⁾ folgt, so kann "aus dem Mangel des Eigentums nicht schlechthin der Mangel der Zuzugungsbefugnis gegen gleichzeitigen Ersatz" gefolgert werden.⁴⁷⁾

Nach Bollacks Ansicht ⁴⁵⁾ hat die Betonung der "Gelder" nur die Bedeutung, daß die Gelder in specie zurückzugewähren sind ⁴⁸⁾. Aber auch mit diesem Deutungsversuch würde ein Eingriff in das bürgerliche Recht auf Schadenersatz vorgenommen. Unabhängig davon ist dabei darauf hinzuweisen, daß sich die Verpflichtung zum Schadenersatz in specie bereits aus § 249 BGB ergibt. Die Entschädigung in (anderem) Geld ist nach § 251 BGB die Ausnahme.

44) S. 36

45) S. 37,

46) E 4, 21; 5, 304

47) So mit Recht Frank § 350 Anm. II

48) Vgl. Meyer S. 543 u. 680; Wächter S. 428

Kapitel V

Empfang und Gewahrsam
=====1. Das Verhältnis zum Gesamttatbestand des § 350 StGB

Mit den Tatbestandsworten "empfangen oder in Gewahrsam hat" ist die Abgrenzung des deliktischen Tatbestandes in Richtung auf die räumlich-körperliche Beziehung des Täters zum Tatobjekt gegeben. "In amtlicher Eigenschaft" dagegen bringt dieses räumlich-körperliche Verhältnis in eine Beziehung zu der vom Täter ausgeübten Verwaltungsfunktion. Die Auslegung der Begriffe "Empfang" und "Gewahrsam" hat daher logisch den Vortritt.

2. Der Begriff des Gewahrsams und des Empfanges in § 350

- a) Die Frage nach dem Rechtsschutzobjekt des § 350 StGB hat ergeben, daß die besondere Strafdrohung dieser Bestimmung zu dem Zweck besteht, dem Bürger zum Ausgleich seiner mangelnden Einwirkungsmöglichkeit auf die Tätigkeit der Verwaltung einen besonderen strafrechtlichen Schutz zu geben, der seine staatsrechtlich bedingte, schwache Position aufwiegen soll. Die Berechtigung des Interesses des Staates an einer schärferen Bestrafung der Amtsträger war darin gefunden worden, daß der Staat gegenüber dem Bürger für die Verwaltung und Bewahrung des Fiskalvermögens eine

besondere, staatsrechtlich begründete Verantwortung trägt.

Diese, ich möchte sagen, strafrechtliche Interessenlage muß für die räumlich-körperliche Beziehung, die mit den Worten "empfangen oder in Gewahrsam hat" ausgedrückt ist, entscheidend sein. Um die Schutzabsicht des § 350 StGB wirksam werden zu lassen, muß der Empfang bzw. die Gewahrsamsinnehabung in dem Augenblick begrifflich bejaht werden, in dem die unmittelbare körperliche Sachherrschaft des potentiellen Täters begründet wird. Denn in diesem Zeitpunkt wird einerseits die relative Schutzlosigkeit des Bürgers, andererseits die Verantwortlichkeit des Staates akut.

Bevor diese unmittelbare körperliche Sachherrschaft näher umschrieben wird, ist darauf hinzuweisen, daß sich bei der oben beschriebenen Zielsetzung für die Auslegung der Begriffe "Empfang" und "Gewahrsamsinnehabung" eine sachlich bedingte Unterscheidung zwischen ihnen nicht mehr treffen läßt. Die Auslegung kann sinnvoll nur unter dem Gesichtspunkt des Überganges der Schutzmöglichkeit des zu Schützenden auf den möglichen Täter erfolgen. Hinsichtlich der räumlich-körperlichen Beziehung des Täters zum Tatobjekt kann es also nur einen einheitlichen Begriff geben. Er wird im folgenden Text nur mehr mit "Gewahrsam" bezeichnet. Dies schließt nicht aus, daß die Unterscheidung zwischen Empfang und Gewahrsamsinnehabung für die "amtliche Eigenschaft" noch sinnvoll ist. (S.u.S. 56)

- b) Das Schutzbedürfnis des eine Sache übergebenden Bürgers setzt in dem Augenblick ein, in welchem er seine unmittelbare körperliche Sachherrschaft zugunsten des Amtsträgers aufgibt. Das gleiche gilt für den Staat als Fiskus. Seine Verantwortlichkeit wird begründet, wenn

er eine in seinem Eigentum stehende Sache der unmittelbaren körperlichen Sachherrschaft der Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Pflicht zur sorgfältigen Vermögensverwaltung bedient, überläßt. Die Sachherrschaft des Amtsträgers muß dergestalt sein, daß eine Zueignung, was deren äußeren Tatbestand anbelangt, möglich ist. Gewahrsam im Sinne des § 350 StGB ist somit dann gegeben, wenn der Amtsträger die unmittelbare körperliche Sachherrschaft in einem Ausmaß innehat, das ihm einen rechtswidrigen Zugriff ermöglicht. Jedes an den Begriff des Gewahrsams zu stellende zusätzliche Erfordernis würde den oben beschriebenen Schutzabsichten Abbruch tun.

Ähnlich versteht Bollack ⁴⁹⁾ unter Gewahrsam im Sinne des § 350 StGB ein "tatsächliches Machtverhältnis im Sinne der objektiv vorhandenen Einwirkungsmöglichkeit". Im übrigen werden in der Literatur kaum Ausführungen über einen Gewahrsamsbegriff des § 350 StGB gemacht, weil auf Grund der Verweisung des § 350 StGB auf den Tatbestand der einfachen Unterschlagung (§ 246 StGB) der Gewahrsamsbegriff des § 246 StGB einfach übernommen wird. Über die Unzweckmäßigkeit dieses Verfahrens s.u. d) S. 30 ff.

Auch die Frage, ob neben der äußerlichen, unmittelbaren körperlichen Sachherrschaft noch ein sog. Herrschaftswille des Gewahrsamsinhabers vorhanden sein müsse, ist unter den Gesichtspunkten des Rechtsschutzobjektes zu beurteilen. Da jemand eine Sache nicht beschützen kann, der von ihrer Existenz und ihrer räumlichen Beziehung zur Umwelt keine Kenntnis hat, ist für das Vorliegen des Gewahrsams subjektiv die Kenntnis dieser Umstände erforderlich. Nimmt ein Amtsträ-

49) S. 43

ger z.B. einen scheinbar leeren Sack in Empfang, so kann er das darin liegende Geldstück nicht gegen eine Wegnahme schützen und hat auch seinerseits keine Zugriffsmöglichkeit. Er kann seine konkreten, die Sachherrschaft zum Ausdruck bringenden Maßnahmen (Abzählen, zu Buch nehmen usw.) auch nur auf konkret erkennbare Umstände abstimmen. Erst in dem Augenblick, in welchem er bei Durchsicht des Sackes auf das darin liegende Geldstück aufmerksam wird, hat er dessen Gewahrsam erlangt.

Auf den Willen, die Sachherrschaft auszuüben, kommt es dagegen nicht an. Die unmittelbare körperliche Sachherrschaft kann also auch nur in der bloßen Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, in der Zugriffsmöglichkeit bestehen. Dies ergibt sich ebenfalls unmittelbar aus dem Rechtsschutzobjekt der Amtsunter-schlagung, denn schon die bloße Möglichkeit auf die Sache einzuwirken bringt für den Bürger das Risiko, für den Staat die Verantwortlichkeit mit sich.

c) Der zivilrechtliche Gewahrsamsbegriff

Der bürgerlichrechtliche Gewahrsamsbegriff kann auf den Gewahrsamsbegriff des § 350 StGB keinen Einfluß haben, denn er hat grundverschiedene Funktionen zu erfüllen. Wie Riezler⁵⁰⁾ mit Recht hervorgehoben hat, ist innerhalb derselben Rechtsordnung auf verschiedenen Rechtsgebieten ein und derselbe Begriff in verschiedener Bedeutung brauchbar, "wenn er auf dem einen Gebiet eine andere Funktion zu erfüllen

hat, als auf dem anderen". Ebenso äußert sich Engisch ⁵¹⁾, indem er betont: "Sogar innerhalb desselben Gesetzeswerks schwankt die Terminologie". Mit Recht weist er (aaO) dabei darauf hin, daß diese nur äußerlichen technischen Widersprüche "im Interesse einer sinnvollen Rechtsanwendung und zur Vermeidung sachlicher Widersprüche in Kauf genommen werden müssen." Wie Bollack ⁵²⁾ zu diesem Thema zutreffend bemerkt, liegen dem bürgerlichen Recht Fiktionen zu Grunde, die vom Gesichtspunkt eines gerechten Ausgleichs der vermögensmäßigen Interessen bestimmt sind. Die strafrechtlichen Begriffsbildungen dagegen sind nach dem Strafzweck der jeweiligen Norm ausgerichtet. Ähnlich Binding ⁵³⁾, Olshausen ⁵⁴⁾, Frank ⁵⁵⁾ . Micelli ⁵⁶⁾ schreibt: "Der Begriff des Besitzes, der im Strafrecht und unter dem technischen Ausdruck "Gewahrsam" entgegentritt, muß völlig losgelöst vom zivilistischen Besitz mit seinen Rechtsfolgen und Fiktionen angesehen werden,". Palandt ⁵⁷⁾ sagt unter Berufung auf die RGSt 60,272: "Für die Frage, ob Unterschlagung oder Diebstahl vorliegt, ist § 855 BGB ohne Bedeutung."

51) S. 68

52) S. 43

53) Lehrb. I S.244

54) § 246 Anm. 8b

55) § 246 Anm. II,3 und RG 5,4; 12,256; 30,80; 50,46; 58,228

56) S. 38

57) § 855 Anm. 6

d) Das Verhältnis des Gewahrsamsbegriffes des § 350

StGB zu dem des § 246 StGB

aa) Systematische Stellung des § 246 StGB zu § 242 StGB

Die herrschende Meinung ist sich heute darüber einig, daß die einfache Unterschlagung in § 246 StGB eine unrichtige, zumindest aber eine im Hinblick auf das Rechtsschutzobjekt unzweckmäßige Formulierung gefunden hat. Eine Auslegung unter grammatischen Gesichtspunkten brächte die notwendige Folgerung mit sich, daß die Innehabung des Gewahrsams der Zueignung durch den Täter zeitlich voranzugehen hat. In der Tat wurde dieses Ergebnis von Wissenschaft und Rechtsprechung lange Zeit als unabweichlich angesehen.⁵⁸⁾ Die hiedurch bestehende Gesetzeslücke für die Fundunterschlagung wurde damit ausgefüllt, daß die Zueignungshandlung nicht in der Ansichnahme in Aneignungsabsicht, sondern in der, der Ansichnahme zeitlich folgenden Handlung des Täters gesehen wurde. Eine erste Milderung erfuhr dieser als unpraktisch und allzu wortgetreu empfundene Standpunkt durch die Ansicht, es genüge, wenn Gewahrsamerlangung und Zueignung gleichzeitig erfolgten⁵⁹⁾. Aber auch mit diesem Kompromiß wurde zwar eine praktische Lösung für die Fälle der Fundunterschlagung, nicht aber eine

58) So noch RG 61,38; RG 68,90; 72,326; BGH 2,317; Hamm JR 52,204; Frank II 3, Olshausen 5a

59) So insbesondere: RG 49,194; DJ 38,1880; RG v.15.10.31; RG v.8.1.34; BGH bei LM Nr.3 zu § 246. OLG Bremen SJZ 50, 357; OLG Nürnberg MDR 50,627

Systematische befriedigende Abgrenzung zwischen den Tatbeständen des Diebstahls und der Unterschlagung gefunden. Daher erklären Welzek⁶⁰⁾ und mit ihm Ebermayer-Lobe-Rosenberg⁶¹⁾ rundweg, die Gesetzesfassung des § 246 StGB sei verunglückt; es sei richtiger zu sagen, Gewahrsam sei die Zueignung einer Sache ohne Bruch fremden Gewahrsams; statt - wie geplant - zu § 242 StGB das kontradiktorische Gegenteil zu formulieren ("Sache, die nicht durch Diebstahl erlangt ist"), habe man in logischem Irrtum das konträre Gegenteil gewählt. Demgemäß sei § 246 berichtigend dahingehend auszulegen, daß alle Aneignungen von ihm betroffen werden, die nicht unter Diebstahl und seine Weiterentwicklungen (Raub, Erpressung), Sachhehlerei oder unter andere Sonderbestimmungen fielen. Diesen dritten Lösungsweg beschreiten folgende Entscheidungen: RG 49,194; 67,77; OLG Bremen JR. 50,216; MDR 48,260; in diese Richtung weisen die Ansichten von Binding⁶²⁾, Gerland⁶³⁾, v.Hippel⁶⁴⁾, Schönke⁶⁵⁾, Maurach⁶⁶⁾.

Diese Ansicht, die den Unterschied zwischen § 246 und § 242 also zusammenfassend darin sieht, daß "jede Zueignung, die nicht durch Wegnahme erfolgt, Unterschlagung ist", stellt zwar einen wesentlichen Schritt auf dem Wege zur systematischen Klärung des Verhältnisses des § 246 zu § 242 StGB dar, kann aber manche Probleme nicht lösen, insbesondere diejenigen, die sich aus der Verweisung des § 350 StGB

60) Grundz. S. 167f.

61) Anm. 2d zu § 246

62) Lehrb. I 275; Normen II 1044 N.24

63) S. 605

64) Lehrb. 249

65) Anm. III 3

66) Lehrb. II A 6 zu § 27

auf § 246 StGB ergeben. Das theoretisch Unbefriedigendste an dem vorstehenden Lösungsversuch ist der Umstand, daß die Erfüllung des Tatbestandes der Unterschlagung von der Nichterfüllung des Diebstahlstatbestandes abhängig ist. Der Gewahrsamsbruch wird zu einem negativen Tatbestandsmerkmal des § 246 StGB gemacht. Ein derartiges Abgrenzungsverfahren ist sonst nirgends im Strafgesetzbuch zu finden. Bei allen übrigen Tatbeständen sind zu deren Erfüllung bestimmte positive Erfordernisse gegeben (welche auch in einer Unterlassung liegen können) und die Bejahung des Tatbestandes nicht vom Nichtvorliegen eines anderen Tatbestandes abhängig.

Wenn man sich schon dazu bekennt, die Wortfassung des § 246 StGB im Hinblick auf die Abgrenzung zu § 242 StGB für unverbindlich zu erklären, dann muß m.E. auch noch der weitere Schritt getan werden und der Begriff des Gewahrsams aus § 246 StGB völlig herausgelöst werden. Wenn man schon sagt, Unterschlagung liegt vor, wenn eine Zueignung ohne Gewahrsamsbruch erfolgt, dann ist es nur folgerichtig, in der bloßen Zueignung einer fremden beweglichen Sache in rechtswidriger Weise den Tatbestand der Unterschlagung zu sehen. Tritt zu dieser "Unterschlagung" noch die weitere Rechtsgutsverletzung "Gewahrsamsbruch" hinzu, so liegt Diebstahl vor. Der Tatbestand der Unterschlagung wird aber -was seine begriffliche Erfüllung anbelangt- davon nicht mehr berührt. Praktisch findet die Unterschlagung jedoch keinen Niederschlag mehr im Strafanspruch, da das Rechtsgut der Unterschlagung, der Schutz des Eigentums, mit durch den Tatbestand des Diebstahls gedeckt ist, und damit eine Gesetzeskonkurrenz in Form der Konsumtion eintritt.

Im Ergebnis bringt der vorstehende Lösungsversuch für den Regelfall der Unterschlagung und für die Fundunterschlagung keine Abweichung gegenüber den Ansichten Welzels und der Autoren, die den Gewahrsamsbruch als ein negatives Tatbestandsmerkmal der Unterschlagung betrachten; für die Auswirkung der Verweisung des § 350 StGB auf § 246 StGB ist die Beschränkung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung auf die bloße rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache jedoch von großer Bedeutung.

bb) Bedeutung der Verweisung des § 350 StGB auf
§ 246 StGB für den Gewahrsam i.S. d. § 350 StGB

Nach der heute durchaus überwiegenden Ansicht kann die Tatsache der Verweisung des § 350 StGB auf § 246 StGB nicht in Zweifel gezogen werden. Wie oben S.21 bereits ausgeführt wurde, läßt die Verwendung des Rechtsbegriffes "Unterschlagung" in § 350 StGB keinen anderen Schluß zu, als daß die subjektiven und objektiven Bedingungen des § 246 StGB auch zum Tatbestand des § 350 StGB gehören, denn erst in § 246 StGB ist der Begriff der Unterschlagung definiert. (So im Ergebnis Frank⁶⁷⁾, Olshausen⁶⁸⁾, Ebermayer-Lobe-Rosenberg⁶⁹⁾, Kohlransch⁷⁰⁾, Schwarz⁷¹⁾, Binding⁷²⁾, Hälschner⁷³⁾, HRR 1925 Nr. 1297, RG 2,279; 35,115; 37,8; 44,41; 46,378; 58,49; 58,336; 61,232; 64,415; 73,254). Bollack⁷⁴⁾ bejaht zwar einerseits die Verweisung,

67) § 350 Anm.I

68) § 350 Anm.2

69) § 350 Anm.1

70) § 350 Anm.3

71) § 350 Anm.1

72) Lehrb.II, 1 S.279

73) II S.1056

74) S. 38

führt aber aus, daß aus der Verweisung nicht der Schluß gezogen werden könne, es seien auch solche Auslegungen des Tatbestandes der gemeinen Unterschlagung zu übernehmen, die lediglich hinsichtlich der Abgrenzung gegenüber dem § 242 StGB erfolgt seien. Hierbei bleibt allerdings unklar, worin die Verweisung dann bestehen soll, denn es ist undenkbar, daß ein zum Tatbestand der einfachen Unterschlagung gehörender objektiver Tatbestandsteil, wie der Gewahrsam, für die Abgrenzung zu § 242 StGB so, für die Übernahme in die Amtsunterschlagung aber anders ausgelegt wird. In Wirklichkeit wird damit die Verweisung selbst in Frage gestellt. Der Grund für diese systematisch unbefriedigende Konstruktion ist bei Bollack ein lediglich pragmatischer; die Verweisung hat - so wie es Bollack sieht - das "unbefriedigende" Ergebnis, daß der stehlende Beamte "nur" nach § 242 StGB bestraft wird. Darauf, daß der Wunsch nach einer Bestrafung des diebischen Beamten auf Grund eines Amtsdelikts auf einer Verkennung des Rechtsschutzobjektes des § 350 StGB beruht, wurde bereits oben hingewiesen (Vgl. S.8)

Die Verweisung des § 350 auf § 246 StGB und der Charakter der Amtsunterschlagung als sog. uneigentliches Amtsdelikt kann somit nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden. Für den Tatbestand der Amtsunterschlagung, besonders aber für den Begriff des Gewahrsams i.S.v. § 350 StGB, ist es somit von entscheidender Bedeutung, welchen Umfang der Tatbestand der einfachen Unterschlagung hat.

Vertritt man mit der noch herrschenden Lehre die Ansicht, daß - so die Minderheit - die Gewahrsamsinnehabung durch den Täter positive Voraussetzung der Unterschlagung nach § 246 StGB darstelle, oder

- so die Mehrheit - daß der Bruch fremden Gewahrsams die Unterschlagung begrifflich ausschließe (negativer Gewahrsamsbegriff), so hat die Übernahme dieser Vorstellungen auf § 350 StGB die bekannten, von Bollack mit Recht als "unbefriedigend" bezeichneten Ergebnisse zur Folge. Der Gewahrsam ist dann für § 350 StGB in jedem Fall ein strafbegründender Tatumstand.

Klammert man dagegen - wie im Text vorgeschlagen - den Begriff des Gewahrsams aus dem der Unterschlagung völlig aus und sieht als Unterschlagung begrifflich nur noch die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache an, so erübrigt sich die Übernahme eines Gewahrsamsbegriffes von § 246 auf § 350 StGB, Der Gewahrsam ist in § 350 StGB nur noch ein straferhöhender Umstand, wie die Beamten-eigenschaft auch. Diese Lösung führt, wie noch darzulegen sein wird, zu theoretisch und praktisch klaren und befriedigenden Ergebnissen.

Als Argument gegen die hier vertretene Ansicht könnte gesagt werden, daß die Übernahme eines Unterschlagungsbegriffes, der die Gewahrsamsinnehabung nicht mehr beinhaltet, auch für § 350 StGB zu dem Ergebnis führen müsse, daß dort ebenfalls die Gewahrsamsinnehabung nicht mehr als Voraussetzung der Amtsunterschlagung angesehen werden könne. Dies wäre aber irrig. Sieht man den § 246 StGB als den Grundtatbestand aller Zueignungsdelikte an, so wird der Bruch fremden Gewahrsams in § 242 StGB zum straferhöhenden Umstand. Ebenso stellt der Mißbrauch des in amtlicher Eigenschaft erlangten Gewahrsams in § 350 StGB einen straferhöhenden Umstand dar. Die Tatsache, daß die Unterschlagung begrifflich nur noch eine rechtswidrige Zueignung beinhaltet,

schließt das Hinzutreten strafe erhöhender Umstände nicht aus. Vom Rechtsschutzobjekt des § 350 StGB her gesehen ist es zudem völlig klar, daß die Gewahrsamsinnehabung für die Amtsunterschlagung nicht in Wegfall kommen kann. Der entscheidende Grund für die besondere Strafwürdigkeit des Täters einer Amtsunterschlagung wurde darin gefunden, daß der Amtsträger die ihm durch die Wahrnehmung der Amtsgeschäfte zufallende Sachherrschaft zu einer rechtswidrigen Zueignung ausnützt. Um eine Amtsunterschlagung bejahen zu können, muß diese Zugriffsmöglichkeit, das ist eben der Gewahrsam i.S.d. § 350 StGB, gegeben sein. Die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte führt konsequenterweise zu dem Ergebnis, daß die Fundunterschlagung von Seiten eines Amtsträgers nicht zu einer Bestrafung nach § 350 StGB führen kann. Bei richtiger Würdigung der Schutzabsicht des § 350 StGB genügt aber auch eine Bestrafung nach § 246 StGB. Beim Verlust einer Sache unterwirft sich der Bürger keiner Obrigkeit. Sein Rechtsschutzinteresse kann daher in diesem Fall nicht davon berührt werden, ob die verlorene Sache durch einen anderen Bürger oder durch einen Amtsträger gefunden und unterschlagen wird. Anders wäre die Sachlage erst dann zu beurteilen, wenn das Amt des Amtsträgers diesem ganz besondere Möglichkeiten zur Auffindung verlorener Gegenstände böte. Erst dann kann von einer besonderen, durch die Amtsführung bedingten Zugriffsmöglichkeit gesprochen werden, deren Mißbrauch unter die Strafdrohung des § 350 StGB fällt. Der Staat, als der zweite durch § 350 StGB geschützte Vermögensträger kann im Fall der Fundunterschlagung ebenfalls nur dann ein erhöhtes Interesse an einer Bestrafung des Amtsträgers nach § 350 StGB geltend machen,

wenn er für den Beamten durch die Übertragung des Amts und den damit verbundenen Befugnissen besondere Zugriffsmöglichkeiten eröffnet hat, da ihn andernfalls keine Verantwortung für die Fundunterschlagung trifft.

c) Das Verhältnis der Amtsunterschlagung zum Diebstahl

Nach der oben beschriebenen, herrschenden Ansicht stellt der Bruch des Gewahrsams beim Diebstahl keinen, gegenüber § 246 StGB strafferhöhenden Umstand dar, sondern ist strafbegründender Natur. Dies eben deshalb, weil das Nichtvorliegen eines Gewahrsamsbruches als für den Begriff der Unterschlagung notwendig angesehen wird. Hat der Täter einer rechtswidrigen Zueignung daher nur Mitgewahrsam, d.h. begeht er durch die Zueignung den Bruch des ihm nicht gehörenden Gewahrsamsteiles, so ist nur Diebstahl gegeben (So RG 58,49). Der Bruch fremden Mitgewahrsams entfällt, wenn die übrigen Mitgewahrsamsinhaber der Zueignung zustimmen (So BGH 8,273).

Die Übernahme dieser Grundsätze auf die Amtsunterschlagung führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Unterschlägt nämlich ein Amtsträger einen Gegenstand, der ihm amtlich nur zu Mitgewahrsam übergeben wurde, so verletzt er durch dierechtswidrige Zueignung zwar das Rechtsschutzobjekt des § 350 StGB, kann aber nur nach § 242 StGB verurteilt werden. Um diesen Ergebnissen auszuweichen, wurden von der Wissenschaft verschiedene Gewahrsamsstufen, Obergewahrsam und Untergewahrsam entwickelt, immer mit der Absicht, den Bruch eines Gewahrsams nach Möglichkeit zu verneinen und damit die Bestrafung

des Täters nach § 350 StGB zu erreichen. Hier zeigt sich am deutlichsten die Unzweckmäßigkeit des herrschenden Systems.

Sieht man dagegen den Tatbestand der Unterschlagung als den Grundtatbestand der Zueignungsdelikte an und wird beim Vorliegen des Diebstahlstatbestandes die Bestrafung nach § 246 StGB nicht aus tatbestandlichen, sondern aus Konkurrenzgründen verneint, so ist durch den Bruch des Mitgewahrsams durch den Amtsträger die Amtsunterschlagung begrifflich nicht ausgeschlossen. Damit werden die mit den Begriffen "Ober- und Untergewahrsam" zusammenhängenden Probleme gegenstandslos.

3. Das Konkurrenzverhältnis zwischen den Tatbeständen der
Unterschlagung, § 246, des Diebstahls, § 242, und der
Amtsunterschlagung, § 350 StGB

- a) Wie die obenstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist ein begriffliches Nebeneinander der Tatbestände der einfachen Unterschlagung, des Diebstahls und der Amtsunterschlagung möglich. Eignet sich beispielsweise ein Amtsträger eine in seinem amtlichen Gewahrsam befindliche Sache rechtswidrig an, an welcher noch eine andere Person Gewahrsam hat, so ist einerseits der Tatbestand der Amtsunterschlagung und damit auch der der einfachen Unterschlagung gegeben, andererseits aber durch den Bruch des Fremdgewahrsams in Verbindung mit der Zueig-

nung ein Diebstahl gegeben. Vor allem bei Vorliegen von bloßem Mitgewahrsam sind diese Möglichkeiten vorhanden. Die Unterschlagung nach § 246 StGB kann sowohl im Hinblick auf das Vorliegen des Diebstahls, als auch der Amtsunterschlagung nicht zum Zuge kommen, denn in § 242 StGB und in § 350 StGB ist die Verletzung des Eigentums bereits berücksichtigt. Für § 246 StGB tritt daher Konsumtion durch Gesetzeskonkurrenz ein.

- b) Die Anwendung des § 350 StGB schließt dagegen die des § 242 StGB nicht aus. § 242 StGB stellt neben der rechtswidrigen Zueignung den Gewahrsamsbruch unter Strafe. Dieser Unrechtstatbestand ist andererseits in § 350 StGB nicht berücksichtigt. Da begriffliche und systematische Bedenken nach der im Text vorgeschlagenen Abgrenzung nicht mehr Platz greifen können, stehen auch die beiderseitigen Rechtsschutzobjekte einer Bestrafung des Täters nach §§ 242, 350, 73 StGB nicht im Wege. Dasselbe gilt umgekehrt.

4. Der Gewahrsam bei mehreren Tatbeteiligten

- a) Die herrschende Meinung geht, wie aufgezeigt wurde, davon aus, daß der Gewahrsam im Sinne des § 350 StGB auf Grund der Verweisung, die mit dem Wort "unterschlägt" zum Ausdruck kommt, aus dem Tatbestand der einfachen Unterschlagung übernommen ist. So führt der BGH im Urt. v. 15.10.53 3 StR 813/52 in LM. Nr.5

zu § 350 aus: "Der Begriff der Unterschlagung ist in § 350 derselbe, wie in § 246 StGB". Damit handelt es sich auch beim Gewahrsam im Sinne des § 350 StGB nach diesem Verständnis des § 246 StGB um einen strafbegründenden Tatumstand, denn auch in § 246 StGB muß er als solcher angesehen werden, wenn er die begriffliche Voraussetzung der Unterschlagung bilden soll. Dies hat die Folge, daß die Anwendbarkeit des § 50 Abb.2 StGB für den Gewahrsam sowohl in § 246, als auch in § 350 StGB ausscheidet. So konsequent Schwarz⁷⁵⁾ Demgegenüber vertreten die Urteile des BGH v. 30.10.51 1 StR 423/51 LM Nr. 2 zu § 350 und Urt. v.24.2.55 3 StR 595/54, LM Nr. 12 zu § 50 StGB die Ansicht: "Daß der Täter die Sache in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in dieser Eigenschaft in Gewahrsam hat, ist ein die Strafe schärfendes persönliches Verhältnis" und "Die Beamteneigenschaft und die amtliche Beziehung des Täters zum Gegenstand der Unterschlagung - Gewahrsam oder Empfang in amtlicher Eigenschaft - sind straf erhöhende, nicht strafbegründende Umstände". Dabei bezieht sich der BGH auf die Entscheidungen des RG 65, 102; 75,289. Dies steht aber im Widerspruch zu der vom BGH (vor allem im Urteil 2,317) selbst vertretenen Ansicht, daß die Gewahrsamsinnehabung nach dem Wortlaut des § 246 StGB zeitliche und begriffliche Voraussetzung der Unterschlagung ist. Denn dies kann nur die Folge nach sich ziehen, daß der Gewahrsam auch ein strafbegründender Tatumstand ist.

Wie versucht wurde aufzuzeigen, ist die herrschende Systematik einerseits nicht unbedingt notwendig, andererseits unzweckmäßig. Beschneidet man den Begriff der Unterschlagung auf die rechtswidrige Zueignung einer fremden, beweglichen Sache, so wird der in § 350 StGB bedrohte Mißbrauch des Gewahrsams und damit

75) Anm. 2 B zu § 50 StGB.

dieser selbst zu einem lediglich strafschärfenden Tatumstand.

§ 50 Abs. 2 StGB nimmt Bezug auf persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, die die Strafe schärfen. Unter dem Gewahrsam des Amtsträgers an einer Sache ist eine bestimmte räumlich-körperliche Beziehung zu verstehen. Da die Gewahrsamsinnehabung den Willen zur Ausübung der Sachherrschaft voraussetzt und damit eng an die Person des Gewahrsamsträgers gebunden ist, muß auch der Gewahrsam als persönliches Verhältnis im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB angesehen werden.⁷⁶⁾

- b) Die herrschende Meinung geht bei der Frage, wie die Gewahrsamsverhältnisse im Falle einer Unterschlagung bei einer Mehrheit von Tätern gelagert sein müssen, davon aus, daß die Unterschlagung begrifflich ausgeschlossen ist, wenn zusammen mit der Zueignungshandlung ein Gewahrsamsbruch erfolgt. Dabei ist ein Gewahrsamsbruch auch dann gegeben, wenn lediglich Mitgewahrsam verletzt wird.⁷⁷⁾ Gleichgültig ist dabei, ob dieser begriffliche Ausschluß der Unterschlagung deshalb erfolgt, weil der Gewahrsam als eine positive Tatbestandsvoraussetzung der Unterschlagung angesehen wird, so am eindeutigsten der BGH 2,317 (Der Gesetzeswortlaut "spricht klar und bestimmt aus, daß der Tatbestand der Unterschlagung als unentbehrliches Merkmal den Besitz oder den Gewahrsam des Täters erfordert." Unter Bezugnahme auf die Verhandlungen des Reichstages zum Norddeutschen Bund, 1870 zu § 241 wird ausgeführt, der Gesetzgeber habe "bewußt den

76) (So auch im Ergebnis die oben angeführten Entscheidungen des BGH, Urt. v. 30.10.51 I StR 423/51 LM Nr. 2 zu § 350 und v. 24.2.55 3 StR 595/54, LM Nr. 12 zu § 50 StGB und RG 65,102 u. 75,289, mit allerdings unzureichender Begründung.)

77) OGH I, 253

Tatbestand der Unterschlagung begrenzt".), oder ob umgekehrt die Unterschlagung in jeder Zueignung gesehen wird "die nicht durch Wegnahme erfolgt." (So Welzel ⁷⁸⁾ und ähnlich Ebermayer-Lobe-Rosenberg ⁷⁹⁾. Weil aber nach dieser Anschauung somit Unterschlagung stets entfällt, wenn Mitgewahrsam gebrochen wird, muß der Täter der Unterschlagung notwendigerweise Allein-gewahrsam haben.⁸⁰⁾

Bei einer Mehrheit von Tätern führt diese Auffassung konsequent zu dem Ergebnis, daß eine Unterschlagung nur dann vorliegt, wenn kein Gewahrsamsinhaber, sei er auch nur der Inhaber von Mitgewahrsam, als Verletzter auftritt. Es ist also notwendig, daß der Gewahrsam an dem zu unterschlagenden Gegenstand vollständig unter die einzelnen Teilnehmer aufgeteilt ist. Dabei muß die Verteilung des Gewahrsams intern in der Weise gegeben sein, daß sämtliche Mittäter Mitgewahrsam haben, denn nach der streng an den Wortlaut des § 246 StGB gebundenen Auffassung des BGH 2,317 kann nur Täter der Unterschlagung sein, wer eben Gewahrsam hat. Dabei ist, wie der BGH aaO. richtig ausführt, zu beachten, daß "die Tatbeteiligungen der Mittäter ... sich nur ergänzen" können, soweit die Ausführung der Tat in Betracht kommt. Dazu gehört jedoch, daß jeder in eigener Person den Tatbestand der Straftat verwirklichen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn ein bestimmtes Verhältnis des Täters zum Tatgegenstand ein Tatbestandsmerkmal ist. Mittäter kann bei der Unterschlagung demnach nur sein, wer den Tatbestand auch allein zu erfüllen vermag, also Mitbesitz oder Mitgewahrsam hat".⁸¹⁾

78) Grundz. S. 167

79) Anm. 2 zu § 246 StGB.

80) So OGH 2,369 = NJW 50,473; OGH 1,253 ff; BGH Urt.v.15.10.53 3 StR 813/52 in LM Nr. 5 zu § 350 unter Berufung auf BGH Urt.v.29.1.52 3 StR 368/52, v.26.6.52 3 StR 615/51; v.28.6.51 3 StR 311/51; v.19.12.52 3 StR 118/52.

81) So auch OGH 1,253 u. BGH 4,284.

Die Forderung nach Alleingewahrsam des Einzeltäters, nach Mitgewahrsam jedes einzelnen Mittäters stellt also keinen Widerspruch im Rahmen der vom BGH aa.O. vertretenen Ansicht dar. In gleicher Weise bildet die Entscheidung des BGH 8, 273 eine konsequente Folgerung, wenn sie ausführt: "Die Zueignung einer fremden Sache, die nur im Mitgewahrsam des Täters steht, ist Unterschlagung, wenn alle übrigen Mitgewahrsamsinhaber mit der Zueignung einverstanden sind." Denn die Notwendigkeit des Alleingewahrsams des Einzeltäters ergab sich nur als Folgerung aus der Ansicht, daß Unterschlagung begrifflich ausscheide, wenn gleichzeitig Mitgewahrsam gebrochen werde. Die Ausnahme des BGH ist daher gerechtfertigt. Genau genommen kommt es allerdings nicht auf das Einverständnis der übrigen Mitgewahrsamsinhaber mit der Zueignung, sondern mit dem Erlöschen ihres Mitgewahrsamsanteiles an.

Wie die sich in zunehmendem Maße mehrenden Gegenstimmen gegen die in Verfolg obiger Auffassung auftretenden Konsequenzen zeigen, werden die vom BGH aufgezeigten Grundsätze für den Begriff der Unterschlagung als unzeitgemäß empfunden. Der BGH 2,317 zeigt selbst durch seine Bezugnahme auf die Strafrechtsänderungsentwürfe, daß er eine Änderung seiner Rechtsprechung in erster Linie durch eine, seiner Ansicht nach zwingende positiv-rechtliche Regelung gehindert sieht und distanziert sich damit von den Ergebnissen seiner eigenen Rechtsprechung. Die Ansicht, daß Mittäter einer Unterschlagung auch sein kann, wer keinen Mitgewahrsam hat, wird wie folgt vertreten: Bremen JR 50, 216; Mezger ⁸²⁾, Schwarz ⁸³⁾. Dieses Ergebnis ist zwar zu billigen, es kann aber auf der Grundlage der bisher vertretenen Systematik nicht widerspruchslos gefunden

82) Stud.B.II S. 126

83) Anm. 1 B zu § 246 StGB

werden. Denn weder die Ansicht, daß es genüge, wenn Gewahrsamserlangung und Zueignung wenigstens gleichzeitig erfolgen,⁸⁴⁾ noch die Ansicht, daß Unterschlagung nur dann entfalle, wenn der Tatbestand des Diebstahls gegeben sei⁸⁵⁾ kann darlegen, inwiefern ein Teilnehmer Mittäter sein kann an einer Tat, die er nicht selbst als Alleintäter begehen kann. Nochmals muß dabei auf die zutreffende Auffassung des BGH zu diesem Punkt in den Gründen der Entscheidung Bd. 2, 317 verwiesen werden, wonach sich die Tatbeteiligungen der Mittäter nur hinsichtlich der Tatausführung ergänzen können. Für die Mittäterschaft muß insoweit dasselbe gelten, wie für die mittelbare Täterschaft, deren Möglichkeit nämlich nicht weiter reicht, "als die rechtliche Möglichkeit der unmittelbaren Täterschaft".⁸⁶⁾

Die im Text vorgeschlagene Neuordnung der Systematik der Zueignungsdelikte führt einerseits zu den oben allgemein gebilligten Ergebnissen, hat andererseits einen klaren dogmatischen Vorzug. Sieht man in der Unterschlagung nur die rechtswidrige Zueignung einer fremden beweglichen Sache, im Diebstahl einen durch das Hinzutreten der Gewahrsamsverletzung erschwerten Fall der Unterschlagung, so ist hinsichtlich des Gewahrsams an den Begriff der Unterschlagung weder bei einem Einzeltäter, noch bei einer Mehrheit von Tätern irgendein Erfordernis zu stellen. Die bei dem einen oder anderen Mittäter in Betracht kommende Gewahrsamsverletzung wird wie andere strafscharfende Umstände nach § 50 Abs.2 StGB berücksichtigt. Ist dagegen der Gewahrsam an der zu unterschlagenden Sache vollständig unter die Mittäter verteilt, aber so, daß einzelne

84) vgl. RG 49,194; DJ 38,1880; RG Urt.v.15.10.31; 2 D 749/1; RG Urt.v.8.1.34, 2 D 1263/33; BGH bei LM Nr. 3 zu § 246

85) Welzel Grundz. S. 167, Leipz.K. Anm.2 zu § 246 StGB

86) So Frank Vorbem.v. § 47,III, ähnlich Bollack S.106 und
RG 63/313

keinen Mitgewahrsam haben, so haben auch diese eine Unterschlagung begangen. Da die Gewahrsamsinnehabung nicht zum Tatbestand der Unterschlagung gehört, steht ihrer Bestrafung nach § 246,47 StGB nicht im Wege. Ist der Gewahrsam nicht vollständig unter die Mittäter aufgeteilt, sondern hat auch noch ein Dritter Gewahrsam und wird dieser bei der Zueignung verletzt, so wird diese Gewahrsamsverletzung, soweit sich der "animus auctoris" auch hierauf erstreckt, sämtlichen Mittätern als eigene Tat nach § 242 StGB zugerechnet.

Im Gegensatz zu § 246 StGB bildet der Gewahrsam im Sinne des § 350 StGB eine positive Tatbestandsvoraussetzung. Der Mißbrauch des Gewahrsams, den der Beamte innehat, stellt einen, gegenüber § 246 StGB strafe erhöhenden Umstand dar. Hat daher nur ein Mittäter den amtlichen Gewahrsam, der andere dagegen nicht, so wird nur Ersterem der strafscharfende Umstand nach § 50 Abs. 2 zugerechnet. Jener wird nach § 47,350 StGB, dieser nach § 47,246 StGB zu bestrafen sein.

Wie bereits ausgeführt wurde, bringt diese Konstruktion das Ergebnis mit sich, daß der Alleintäter, der lediglich Mitgewahrsam hat und mit der Zueignung einerseits seinen amtlichen Gewahrsam mißbraucht, andererseits aber auch den Gewahrsam des anderen Mitgewahrsamsinhabers bricht, die Tatbestände der Amtsunterschlagung und des Diebstahls in idealer Konkurrenz erfüllt hat. Führt dieser Amtsträger bei gleichgelagerten Tatumständen die Tat zusammen mit einem Mittäter aus, der an dem amtlichen Gewahrsam nicht beteiligt ist, so kann letzterem zwar der Bruch des fremden Gewahrsams auf Grund seiner Mittäterschaft angelastet werden, nicht aber der von seinem Komplizen begangene Mißbrauch des amtlichen Gewahrsams. (Vgl. ob. die Ausführungen des BGH 2,317). Er ist damit

nach §§ 242, 47 StGB zu bestrafen. Inwieweit er neben seiner Bestrafung als Täter auch als Teilnehmer zu bestrafen ist, wird unter c) erörtert.

Gegen die, diesen Ergebnissen zu Grunde liegende Auffassung über die Abgrenzung des § 246 zu den §§ 242 und 350 StGB lassen sich nur positivrechtliche Bedenken, wie am deutlichsten vom BGH in 2,317 vorgetragen, erheben. Ist man aber bereits so weit gegangen, die Wortfassung des § 246 StGB als verunglückt und grammatikalisch falsch zu bezeichnen, so ist damit die positivrechtliche Bindung bereits aufgegeben. Die im Text vertretene Auffassung stellt nur noch eine Weiterentwicklung dieser Auffassung dar.

c) Hinsichtlich der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

aa) Der Tatbeteiligte A habe, abgesehen von den übrigen Voraussetzungen des § 350 StGB keinen Gewahrsam; er arbeitet mit animus auctoris zusammen mit dem Mittäter B, der seinerseits an der zu unterschlagnen Sache amtlichen Gewahrsam hat. Wie oben aufgezeigt wurde, konnte die Bestrafung des A als Täter wegen des Mangels der rechtlichen Möglichkeit seiner Alleintäterschaft einer Amtsunterschlagung nur nach §§ 47, 246 StGB erfolgen. Davon unabhängig bildet seine Mitarbeit, aber gleichzeitig eine Beihilfe zu der von B begangenen Amtsunterschlagung. Auch bezüglich dieser Beihilfe greift jedoch § 50 Abs. 2 StGB ein, so daß auch sie nur über §§ 49, 246 StGB zu bestrafen ist. Sie wird durch die stärkere Tatbeteiligungsform der Täterschaft nach § 246 konsumiert. Es verbleibt daher

letztlich bei der Bestrafung des A als Täter.

Verletzt B - bei im übrigen unverändertem Sachverhalt - neben dem Mißbrauch des amtlichen Gewahrsams noch den Gewahrsam eines Dritten, so war A nach dem oben gefundenen Ergebnis nur nach § 47, 242 StGB zu bestrafen. Seine an sich gegebene Mittäterschaft der einfachen Unterschlagung wird durch die Mittäterschaft am Diebstahl konsumiert. Die wieder in Betracht kommende Beihilfe zur Amtsunterschlagung wird aus den gleichen Gründen, wie im umseitig beschriebenen Fall konsumiert.

Bei Vorliegen des animus auctoris auf Seiten des Tatbeteiligten, der keinen Gewahrsam hat, kommt also eine Bestrafung nach § 350 StGB, auch nur als Teilnehmer nicht in Betracht.

- bb) Nimmt der Tatbeteiligte nur mit animus socii an der Begehung einer Amtsunterschlagung teil und hat sowohl er, als auch der Haupttäter Gewahrsam an der zu unterschlagenden Sache, so wird auch der Teilnehmer nach §§ 48 bzw. 49, 350 StGB bestraft, da § 50 Abs. 2 StGB keine Anwendung finden kann. Eine eventuell hinzutretende Täterschaft des Teilnehmers an einem Diebstahl, wie dies bei Vorliegen von bloßem Mitgewahrsam denkbar ist, steht in idealer Konkurrenz zu der Beihilfe oder Anstiftung zur Amtsunterschlagung. Eine Konsumtion tritt nicht ein, denn das Vorliegen des Diebstahls, gleich in welcher Tatbeteiligungsform, kann die Amtsunterschlagung nicht berühren, da das Rechtsgut der Amtsunterschlagung in dem des Diebstahls nicht völlig enthalten ist. Die Bestrafung des Teilnehmers erfolgt also in diesem Fall nach §§ 49, 350; 49, 242 bzw. 47, 242.

Hat der mit animus socii handelnde Teilnehmer im Gegensatz zum Haupttäter keinen Gewahrsam an der zu unterschlagenden Sache, so erfolgt seine Bestrafung unter Berücksichtigung des § 50 Abs. 2 StGB nur nach §§ 48 oder 49, 246 StGB. Tritt zu dieser Teilnahme noch eine Tatbeteiligung an einem ideal konkurrierenden Diebstahl, so greift die Akzessorietät hinsichtlich des Gewahrsamsbruches voll durch. Neben die Teilnahme nach § 246 StGB tritt die Tatbeteiligung nach § 242. Aus den schon erwähnten Gründen konsumiert aber der umfassendere Tatbestand des Diebstahls die Teilnahme an der Unterschlagung, so daß die Bestrafung letztlich nur nach § 242 erfolgt.

- d) In mittelbarer Täterschaft kann eine Amtsunterschlagung begangen werden, indem der beamtete Täter sich eines Dritten als Werkzeug bedient, um den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Ebenso wie bei der Mittäterschaft ist die Möglichkeit einer in mittelbarer Täterschaft begangenen Amtsunterschlagung jedoch nur insoweit gegeben, als in der Person des mittelbaren Täters die rechtlichen Voraussetzungen einer in Alleintäterschaft begangenen Amtsunterschlagung vorliegen. So auch Bollack⁸⁷⁾ unter Hinweis auf RG 63, 313, der die Begehung der Amtsunterschlagung in mittelbarer Täterschaft auch nur dann für möglich hält, wenn der mittelbare Täter auch in der Lage ist, den Tatbestand unmittelbar zu verwirklichen; vgl. auch zustimmend Frank⁸⁸⁾. "Die Möglichkeit mittelbarer Täter zu sein, reicht nicht weiter, als die rechtliche Möglichkeit der unmittelbaren Täterschaft" und Schwarz⁸⁹⁾. Alle diejenigen Tatbestandstei-

87) S. 106 f.

88) Vorbem.v. § 47 III

89) Anm. 3 Ab v. § 47

le der Amtsunterschlagung, die nicht durch das Tätigwerden des Werkzeugs in der Person des mittelbaren Täters realisiert werden können, entziehen sich daher der Erfüllung in mittelbarer Täterschaft und müssen beim Täter selbst vorliegen. War in den Gründen der Entscheidung des BGH Bd. 2, 317 mit Recht festgestellt worden, daß sich die Tatbeteiligungen der Mittäter nur insoweit ergänzen können, als die Ausführung der Tat in Betracht kommt, so gilt dies in gleicher Weise für das Verhältnis des Werkzeugs zum mittelbaren Täter. Ein an die Person des Täters der Amtsunterschlagung geknüpftes Tatbestandsmerkmal, wie der Gewahrsam im Sinne des § 350 StGB, kann daher nicht durch ein Tun oder durch Umstände, die in der Person des Werkzeugs liegen, ersetzt werden. Wer daher keinen amtlichen Gewahrsam hat, kann die betreffende Sache nicht in mittelbarer Täterschaft nach § 350 StGB unterschlagen. Die Zueignung ist lediglich nach § 246 StGB strafbar.

Für die Begehung der Amtsunterschlagung in mittelbarer Täterschaft ist, wie bei der Mittäterschaft, auf Seiten des Täters lediglich Mitgewahrsam nötig. Wird bei der Unterschlagung auch der Gewahrsam eines Dritten gebrochen, so tritt wie bei den oben beschriebenen Fällen der Diebstahl in ideale Konkurrenz zur Amtsunterschlagung. (A.A. die ganz herrschende Meinung, die den Gewahrsam, wenn auch in variierenden Formen, als begrifflichen Bestandteil der Unterschlagung rechnet, so daß die Unterschlagung begrifflich, nicht aus Konkurrenzgründen, neben dem Diebstahl ausscheidet).

Kapitel VI

Die amtliche Eigenschaft =====

1. Bedingtheit durch das Rechtsschutzobjekt des

§ 350 StGB

Die Untersuchungen über das Rechtsschutzobjekt des § 350 StGB hatten eine Dreiteilung ergeben: Der erste Teil des Rechtsschutzobjektes bezog sich auf den Mißbrauch der Amtsbefugnisse im allgemeinen, die dem Beamten vom Staat, und diesem wiederum vom Volk als dem Souverän übertragen worden waren. Entscheidend ist daher das Verhältnis des Beamten zum Volk, deshalb erfolgt seine Verurteilung "Im Namen des Volkes". Dieser erste Teil des Rechtsschutzobjektes, der allen Amtsdelikten gemeinsam ist, ist tatbestandlich durch das Wort "Beamter" zum Ausdruck gebracht.

Der zweite Teil des Schutzobjektes des § 350 StGB war in der rechtswidrigen Zueignung zu finden, im Tatbestand gekennzeichnet durch die Verweisung des Wortes "unterschlägt" auf den Tatbestand der einfachen Unterschlagung.

Weder gegen den Mißbrauch der übertragenen Befugnisse, noch das Hinzutreten der rechtswidrigen Zueignung richtet sich jedoch der Kern der Strafdrohung des § 350 StGB. Der dritte und entscheidende Teil des Rechtsschutzobjektes war vielmehr darin zu finden, daß der

Amtsträger seine Amtsbefugnisse gerade in der Weise mißbrauchte, daß er die durch seine amtliche Betätigung bedingte, besondere Zugriffsmöglichkeit zu der zu unterschlagenden Sache für eine rechtswidrige Zueignung ausnutzte. Die Rechtfertigung der Betonung dieses Umstandes ergab sich aus dem Blickwinkel des Bürgers als Vermögensträger aus dessen Untertanenstellung. Die darin liegende relativ geringe Einflußmöglichkeit auf das Verwaltungsgeschehen erforderte einen Risikoausgleich in Form einer, gegenüber der allgemeinen Unterschlagung verschärften Strafdrohung. Aus dem Blickwinkel des Fiskus ergab sich die gleiche Forderung unter dem Gesichtspunkt, daß der Staat dem Volk für seine Vermögensverwaltung und die Personen, deren er sich hiefür bedient, in besonderer Weise verantwortlich ist.

Im Tatbestand des § 350 StGB ist dieser dritte Teil des komplexen Rechtsschutzobjektes der Amtsunterschlagung in den Worten "in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat" zum Ausdruck gekommen. Dabei drücken die Worte "empfangen oder in Gewahrsam hat" die erwähnte Zugriffsmöglichkeit des Amtsträgers zu der Sache aus, kennzeichnen also ein räumlich-körperliches Verhältnis. Die Worte "in amtlicher Eigenschaft" dagegen verbleiben zur Charakterisierung der kausalen Verknüpfung zwischen der Amtsträgerschaft und dem beschriebenen räumlich-körperlichen Verhältnis des Amtsträgers zum Deliktsobjekt. Bei der Subsumierung des Tatbestandes unter einen Sachverhalt hat die Feststellung des Gewahrsams im Sinne des § 350 StGB systematisch vor der Feststellung der amtlichen Eigenschaft zu erfolgen. Erst muß die als Gewahrsam zu bezeichnende Beziehung des Täters zum Deliktsobjekt gegeben sein, dann kann die Untersuchung erfolgen, ob dieser Gewahrsam in amtlicher Eigenschaft innegehabt wird.

2. Der Begriff der amtlichen Eigenschaft

Die Worte "in amtlicher Eigenschaft" haben nach dem Vorstehenden die Aufgabe, die kausale Beziehung zwischen dem Amtsträger und seinem Amt einerseits und dem Gewahrsam an der Deliktssache andererseits festzulegen. Dabei kann diese Beziehung entweder nur zwischen der Entgegennahme einer Sache oder auch zwischen der Gewahrsamsinnehabung und der amtlichen Tätigkeit bestehen. Dies geht aus der Verwendung der beiden Begriffe "Empfang" und "Gewahrsamsinnehabung" in § 350 StGB hervor. Die Untersuchungen über den Begriff der in § 350 StGB notwendigen räumlich-körperlichen Beziehung hatten ergeben, daß unter Berücksichtigung des Rechtsschutzobjektes eine sinnvolle Unterscheidung nicht zu finden war. Hier dagegen, findet die Verwendung der beiden Begriffe ihre Begründung darin, daß es genügt, wenn sich die aus dem Amt ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen entweder auf den bloßen Empfang oder auf den Gewahrsam beziehen. Der Täter soll sich nicht darauf berufen können, daß sich seine Amtspflichten lediglich mit dem Empfang befassen, während der weitere Verbleib der Sache unberührt bliebe. (Dabei ist zu beachten, der Begriff des "Gewahrsams" im Sinne des § 350 StGB als Zugriffsmöglichkeit bereits mit der Empfangnahme gegeben ist. S.o. S.27)

- a) Die Rechtsschutzabsicht des § 350 StGB erfordert im Hinblick auf die Belange des Bürgers, daß die amtliche Eigenschaft einer Gewahrsamsinnehabung dann zu bejahen ist, wenn der Gewahrsamsübergang

auf Grund der Monopol- und hoheitlichen Stellung der Verwaltung gegenüber dem Bürger eintrat. Die amtliche Eigenschaft der Gewahrsamsinnehabung ist immer dann zu bejahen, wenn diese unmittelbar durch die Amtsführung bedingt und berechtigt ist. Es besteht keine Veranlassung, sie auch dann als gegeben anzusehen, wenn der Bürger seinen Gewahrsam an der Sache zugunsten des Amtsträgers ohne Rücksicht auf seine Untertanenstellung und auf einen bestimmten, erstrebten Verwaltungsdienst aufgibt, denn in diesem Fall besteht auch keine Notwendigkeit, ihm einen Risikoausgleich in Form einer gegenüber den allgemeinen Strafbestimmungen schärferen Strafdrohung zu gewähren. Daher muß die Gewahrsamsinnehabung auch auf der mit dem Amt verbundenen Befugnisse gerechtfertigt sein, wenn die amtliche Eigenschaft gegeben sein soll, denn soweit eine Berechtigung zur Entgegennahme eines Gegenstandes auf Seiten des Amtsträgers fehlt, ist der Bürger zur Aufgabe seines Gewahrsams auch nicht verpflichtet (vgl. u. Ziff. 3 d).

Berechtigt und bedingt durch das Amt ist die Gewahrsamserlangung dann, wenn der Übergang des Gewahrsams auf den Amtsträger die Erfüllung seiner Amtspflichten darstellt. Was zu den amtlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehört, richtet sich nach den Dienstvorschriften und sämtlichen Normen, die den Umfang des Amts und die mit diesem verbundenen Berechtigungen und Verpflichtungen regeln. Da es aber für den Begriff der amtlichen Eigenschaft auf die Stellung des Bürgers zum Staat, nicht auf die Stellung des Beamten zu seinem Dienstherrn ankommen muß, scheiden für den Umfang des Amts alle Pflichten aus, die sich nur auf das Verhältnis des Beam-

ten zum Staat als seinem Dienstherrn beziehen.
(Deren Verletzung wird im Rahmen des Disziplinarrechts beurteilt; vgl.o.S.4). Denn wenn § 350 StGB zugunsten des Bürgers gerade den Umstand ausgleichen soll, daß der Bürger sich bestimmten Verwaltungsfunktionen unterwerfen muß, ohne einen dem privaten Rechtsverkehr entsprechenden Einfluß auf die Verwaltung zu haben, so kann die amtliche Eigenschaft einer Gewahrsamsinnehabung nur den Pflichten des Amtsträgers gegenüber dem Bürger entnommen werden.

Diesen Ergebnissen wird von der Wissenschaft weitgehend beigeppflichtet. Welzel ⁹⁰⁾ sagt, die Empfangnahme oder Verwahrung müsse eine Amtsausübung darstellen und verweist auf Binding ⁹¹⁾ in diesem Sinne auch: Frank ⁹²⁾ und RG 71,97. Als Kriterium für diese Amtsausübung wird die Zuständigkeit des Beamten für die Verwahrung angesehen, was letztlich auch einen Rückgriff auf die Dienstanweisung, aus welcher sich die Zuständigkeit des Beamten ergibt, darstellt. Auch Bollack ⁹³⁾ formuliert, "Amtlicher Gewahrsam liegt vor, wenn die Erlangung oder Innehabung desselben für den Beamten eine Amtshandlung darstellt, wenn also zwischen der Gewahrsamserlangung oder Innehabung und der Amtsausübung ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang besteht". In diesem Sinne auch Ebermayer-Lobe-Rosenberg ⁹⁴⁾, v.Liszt ⁹⁵⁾, Hälschner ⁹⁶⁾. Wenn an diesen und an den folgend zitierten Stellen von un-

90) Grundz. S. 262

91) Lehrb.I, 280;

92) I 2

93) S.43 u.47

94) Anm.1 zu § 350

95) Schmidt S. 825

96) II S.1057

mittelbarem ursächlichem Zusammenhang zwischen der Gewahrsamsinnehabung und der Amtsausübung gesprochen wird, so kann dies auch nur so verstanden werden, daß die Amtsausübung die Gewahrsamsinnehabung unmittelbar zur Folge hat und damit die Amtsausübung in der Gewahrsamsinnehabung selbst liegt.⁹⁷⁾ v.Liszt-Schmidt⁹⁵⁾ z.B. formuliert, das Empfangen und das Verwahren müsse sich als Amtshandlung des Beamten darstellen: bei Ebermayer-Lobe-Rosenberg⁹⁸⁾ heißt es, der Begriff der amtlichen Eigenschaft sei auf die Fälle zu beschränken, in denen ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen der Erlangung des Gewahrsams und der Amtstätigkeit des Beamten bestehe,

- b) Das Interesse des Bürgers an einer besonderen Strafdrohung gegen den Beamten, der die durch sein Amt bedingte besondere Zugriffsmöglichkeit zu einer Unterschlagung mißbrauchte, war durch die ungleich schlechtere Rechtsposition des Bürgers im Verhältnis zur Verwaltung gerechtfertigt. Dementsprechend war auch der Begriff der amtlichen Eigenschaft aus dem Blickwinkel des Bürgers so zu fassen, daß er alle, aber auch nur die Fälle umriß, in denen das Gewahrsamsverhältnis des Amtsträgers nicht nur durch das Amt selbst, sondern auch durch die mit dem Amt verbundenen besonderen Befugnisse bedingt war.

Das Interesse des Fiskus als des Trägers des staatlichen Vermögens ist demgegenüber durch die

97) Vgl. noch Schönke § 350 Anm.2, Kohlrausch § 350 Anm.1a, RG 65,38; 65,85; 72,196; 60,31; 50,250; 51,113; 54,227.

98) Anm.3 zu § 350

Verantwortlichkeit des Staates für sein Vermögen und für die Personen, deren er sich zur Verwaltung dieses Vermögens bedient, gerechtfertigt. Dies bedingt, daß auch der Begriff der amtlichen Eigenschaft, soweit als verletzter Vermögensträger der Fiskus in Betracht kommt, aus dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit des Staates bestimmt werden muß. Ein Beispiel soll die unterschiedliche Interessenlage verdeutlichen: Übergibt ein Bürger zur Erfüllung finanzieller Verpflichtungen dem zuständigen Kassier einer öffentlichen Kasse Geld und unterschlägt dieser, so steht nach der oben unter a) gefundenen Begriffsbestimmung die amtliche Eigenschaft dieses Empfangs außer Frage. Die Inempfangnahme bedeutet die Erfüllung des Amtes des Kassiers. Da gerade dieser Kassier für die Entgegennahme der Einzahlung zuständig war, ist die Gewahrsamerlangung nicht nur durch das Amt selbst, sondern auch durch die mit diesem Amt verbundenen hoheitlichen Berechtigungen bedingt. Erhält der Kassier dagegen von seinem Vorgesetzten am Beginn eines Arbeitstages Wechselgeld und unterschlägt dieses, so ist die Unmittelbarkeit der Ursächlichkeit der Amtsführung für die Gewahrsamerlangung zweifelhaft, da die Entgegennahme nicht mehr das zu erfüllende Amt darstellt, sondern eine Handlung, die nur mittelbar der Erfüllung des Amtes zu dienen bestimmt ist. Der auch hier bestehende kausale Zusammenhang zwischen dem Amt und der Übergabe des Geldes umfaßt nicht die mit diesem Amt verbundenen hoheitlichen Berechtigungen. Der Gesichtspunkt der schwächeren Rechtsposition des Gebenden kann hier für die Frage nach dem Vorliegen der amtlichen Eigenschaft keine Antwort geben. Das Interesse des Staates an

dem Eingreifen des § 350 StGB ist aber ganz offensichtlich, da er die Verantwortung für das Verhalten des Kassiers trägt, weil er diesen in den Dienst der Verwaltung gestellt hat.

Die Verantwortlichkeit des Staates gegenüber dem Bürger für Verluste an dem Fiskalvermögen ist umfassend. Da sämtliches Vermögen des Staates seinen Ursprung im Vermögen der Gesamtheit der Bürger hat und diese nach unserer heutigen Staatsauffassung der Souverän sind, ist kein Fall denkbar, in welchem der Staat nicht für das Staatsvermögen verantwortlich wäre. Demzufolge hat auch der Staat in allen Fällen, in denen er einem Amtsträger Staatsvermögen im Hinblick auf dessen Amt anvertraut und diesem Gewahrsam i.S.d. § 350 StGB verschafft, ein berechtigtes Interesse daran, daß diese kausale Beziehung für den Begriff der amtlichen Eigenschaft genügt. Um den Staat in ausreichender Weise in seiner Verantwortung zu entlasten, ist es notwendig, den Begriff der amtlichen Eigenschaft in der Weise zu fassen, daß die amtliche Eigenschaft einer Gewahrsamsinnehabung oder -erlangung nicht nur in den Fällen vorliegt, in denen sich der Gewahrsam unmittelbar aus der Amtserfüllung ergibt (z.B. Übergabe von Geld an den Geldbriefträger zum Zwecke der Auszahlung an die Empfänger), sondern auch dann gegeben ist, wenn der Gewahrsam lediglich eine Nebenerscheinung der Amtserfüllung ist. Es genügt, daß das Amt selbst Bedingung der Gewahrsamsverschaffung darstellt. Diese mag lediglich im Hinblick, mit Rücksicht auf das Amt erfolgen. In amtlicher Eigenschaft empfangen sind daher sämtliche Büroausstattungsgegenstände und sonstigen Utensilien, die dem Amtsträger zur Wahrnehmung seiner Amtspflichten an die Hand gegeben werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die amtliche Eigenschaft in den Fällen, in denen der Bürger als unmittelbar verletzter Vermögensträger auftritt, gegeben ist, wenn das Amt und die mit dem Amt verbundenen hoheitlichen Rechte *conditio sine qua non* für die Gewahrsamerlangung sind. Für den Staat als verletzten Vermögensträger genügt dagegen die Bedingtheit der Gewahrsamerlangung allein durch das Amt, da sich die Amtsbefugnisse nur an den Bürger wenden.

3. Einzelfragen zum Begriff der amtlichen Eigenschaft

- a) Im Zusammenhang mit der Frage nach der amtlichen Eigenschaft taucht in der wissenschaftlichen Diskussion der Begriff der Zuständigkeit auf. Unter Zuständigkeit verstehen wir die, auf die Person des Amtsträfers bezogene, amtliche Befugnis zur Vornahme einer Amtshandlung, hier der Entgegennahme einer Sache. Da sich diese Berechtigung des Amtsträgers zur Gewahrsamerlangung nur im Verhältnis zum Bürger, nicht zum Staate ergeben kann, können sich Rückwirkungen aus der Zuständigkeit auf den Begriff der amtlichen Eigenschaft auch wiederum nur im Verhältnis des Bürgers zum Amtsträger ergeben (vgl. ob. Ziff. 2 a)

Der Begriff der amtlichen Eigenschaft aus der Sicht des Bürgers war durch die Bedingtheit der Gewahrsamsaufgabe durch die amtlichen Befugnisse des Amtsträgers gekennzeichnet. Objektive Berechtigungen sind damit entscheidend. Andernfalls käme auch nicht der Gesichtspunkt der schwächeren Rechtsposition und der Monopolstellung der Verwaltung zum Zuge, der den Ausgangspunkt für die Begriffsfindung bildete. Die Zuständigkeit ist damit ein Bestandteil der amtlichen Eigenschaft. Sie muß in jedem Falle gegeben sein.

Unbestritten ist, daß sich aus der Zuständigkeit zu der Amtshandlung, die die Gewahrsamserlangung mit sich bringt, die amtliche Eigenschaft des erlangten Gewahrsams ergibt ⁹⁹⁾. Doch kann der These Bollacks ¹⁰⁰⁾, daß § 350 StGB nicht verlange, daß der Täter im Rahmen seiner Zuständigkeit handle, in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden, denn wenn man einerseits sagt ¹⁰¹⁾, daß die Innehabung des Gewahrsams eine Amtshandlung darstellen müsse, so muß andererseits für die Fälle, in denen die Zuständigkeit nicht vorliegt, der Charakter der Amtshandlung verneint werden. Wenn Bollack ausführt, auch der unzuständige Beamte handle als Beamter, erlange in seiner Eigenschaft als Beamter den Gewahrsam und erfülle damit das Tatbestandsmerkmal der amtlichen Eigenschaft, so verkennt er die Abhängigkeit der amtlichen Eigenschaft von den amtlichen Befugnissen, nicht von der Beamtenstellung als solcher. Er folgert das Vorliegen der amtlichen Eigenschaft bereits unmittelbar aus der Tatsache, daß der Beamte "als Beamter" auftritt. Damit setzt aber Bollack an die Stelle des von ihm selbst für erforderlich erklärten unmittelbaren Zusammenhanges zwischen der Gewahrsamserlangung

99) vgl. Bollack S.44; RG 72,196; RG in HRR. 1936 Nr. 1551.

100) S. 45

101) S. 43

und der Amtsausübung einen solchen zwischen Gewahrsamserlangung und Beamtenstellung. Damit wird das allgemeine Vertrauen des Bürgers auf die Korrektheit des Beamten schlechthin zum Schutzobjekt des § 350 StGB gemacht. Dies ist im Gesetz nicht begründet.¹⁰²⁾ Auch Schwarz¹⁰³⁾ führt aus, daß die Zuständigkeit zum Empfang für § 350 StGB nicht erforderlich sei; "Trotz Fehlens der Zuständigkeit greift § 350 Platz, falls die Empfangnahme oder Aufbewahrung eine Amtsausübung ist", wobei offengelassen wird, inwiefern eine Handlung Amtsausübung darstellen kann, zu deren Vornahme der Amtsträger nicht berechtigt ist.

- b) Ist die Unzuständigkeit in obigem Sinne sowohl dem Übergebenden als auch dem Amtsträger bekannt, so erfolgt die Gewahrsamserlangung unzweideutig ohne Bezugnahme auf die amtlichen Berechtigungen des Amtsträgers. Das Tatbestandsmerkmal der amtlichen Eigenschaft ist somit nicht gegeben. Daß die Übergabe möglicherweise im Vertrauen auf die Korrektheit des Beamten schlechthin erfolgte oder durch die Zusicherung seitens des Beamten, er werde die Sache an den zuständigen Amtsträger weiterleiten, bedingt war, spielt keine Rolle. Die Inge-
wahrsamnahme erfolgte hier nur "bei Gelegenheit der Amtsführung". Die Amtsführung bildete nur den äußeren Rahmen, ohne daß die Entgegennahme der Sache jedoch zu den Amtspflichten des Amtsträgers gehört. In diesem Sinne äußern sich: v. Liszt-Schmidt¹⁰⁴⁾: "Es genügt nicht, daß die Amtsausübung nur die äußere Gelegenheit zur Vornahme dieser Handlung gibt, der Beamte also nur bei Gelegenheit seiner dienstlichen **Verrichte**

102) So Bollack selbst S. 44; Ebermayer-Lobe-Rosenberg Anm. 3 zu § 350; RG 2, 84; RG 21, 51 u. a.

103) Anm. 1 D zu § 350

104) S. 825

tungen empfängt oder verwahrt". Bollack ¹⁰⁵⁾ führt aus: Kein amtlicher Gewahrsam liegt vor, wenn die Sache "dem Beamten ... nur gelegentlich der Amtsausübung gegeben" wird, "weil er infolge seiner Stellung als besonders vertrauenswürdig gilt". Frank ¹⁰⁶⁾ schreibt: "Dagegen wird eine Sache nicht in amtlicher Eigenschaft empfangen, wenn die Unzuständigkeit des Beamten beiderseits bekannt ist und der Gebende ihn nur etwa mit Rücksicht auf seine Beamtenqualität für besonders vertrauenswürdig hält". Ähnlich Ebermayer-Lobe-Rosenberg ¹⁰⁷⁾: "Dagegen liegt eine Empfangnahme in amtlicher Eigenschaft nicht vor, wenn ein Beamter bei Gelegenheit einer Amtshandlung oder aus deren Veranlassung Gelder von einem Dritten annimmt, der den Mangel der Zuständigkeit kennt, aber Zeit oder Kosten sparen will". Welzel ¹⁰⁸⁾ bringt zum Ausdruck, die Empfangnahme oder Verwahrung müsse eine Amtsausübung darstellen; dies sei nicht der Fall, wenn die Unzuständigkeit beiderseits bekannt war und der Geber den Beamten nur für besonders vertrauenswürdig hielt. Ähnlich RG 21,51; 71,106; 2,84; 4,153; JW 1936 S. 3004.

An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn das Wissen um die Unzuständigkeit nur auf Seiten des Übergebenden vorhanden ist, der Amtsträger dagegen irrtümlich an seine Zuständigkeit zur Empfangnahme glaubt. Der Irrtum des Beamten kann die nicht vorhandene Kausalbeziehung zwischen der Gewahrsamsübergabe und den Amtsbefugnissen nicht ersetzen. Die Unterschlagung des Amtsträgers ist nach den Regeln des Versuchs am untauglichen Objekt zu beurteilen.

105) S. 44

106) Anm. 2 zu § 350

107) Anm. 3 zu § 350

108) Grundz. S. 262

Zweifelhaft ist der Fall, daß der Beamte sich über seine mangelnde Zuständigkeit im klaren ist, der Übergebende ihn aber irrtümlich für zuständig hält. Die Übergabe der Sache ist hier nicht durch eine objektiv vorhandene, sondern nur durch eine vorgestellte Amtsbefugnis bedingt. Bollack¹⁰⁹⁾ vertritt die Ansicht, daß auch die Fälle unter den § 350 StGB fielen, in welchen der Täter sich eine ihm in Wirklichkeit nicht zustehende Amtsbefugnis anmaße. Seine Begründung ist allerdings nicht verständlich, schreibt er doch in seiner Definition des amtlichen Gewahrsams¹¹⁰⁾: "Amtlicher Gewahrsam liegt vor, wenn die Erlangung oder Innehabung desselben für den Beamten eine Amtshandlung darstellt....". Eine Amtsanmaßung ist aber nicht mehr als Amtshandlung aufzufassen. Frank¹¹¹⁾ sagt, ein Beamter könne Gegenstände auch dann in amtlicher Eigenschaft empfangen, "obwohl er zu deren Empfangnahme unzuständig ist, nämlich dann, wenn der Gebende sie ihm im Glauben an seine amtliche Zuständigkeit übermittelt". Ebermayer-Lobe-Rosenberg¹¹³⁾ haben die Auffassung: "In amtlicher Eigenschaft empfängt ein Beamter Gelder auch dann, wenn er zur Annahme dieser Gelder weder ein Recht, noch eine Pflicht hat, wenn er aber irrtümlich glaubt, daß eine Berechtigung oder Verpflichtung gegeben sei, oder wenn die zahlende Person, dem Beamten erkennbar, diesen Glauben hat", mit Verweisung auf RG 1,155; 71,106. Ähnlich Binding,¹¹³⁾ Olshausen¹¹⁴⁾, Gerland¹¹⁵⁾, JW 1933 S.175; Schöнке¹¹⁶⁾, Kohlrausch¹¹⁷⁾, Schwarz¹¹⁸⁾. Auch Welzel¹¹⁹⁾ sagt

109) S. 45

110) S. 43

111) Anm. 2 zu § 350 StGB

112) Anm. 3 zu § 350 StGB

113) Lehrb. I, 280

114) Anm. 3 zu § 350

115) S. 360

116) § 350 Anm. 2

117) § 350 Anm. 1a

118) § 350 Anm. 1d

119) Grundz. S.168

zwar einerseits, die Empfangnahme oder Verwahrung müsse eine "Amtsausübung" darstellen, sieht dies aber auch dann als gegeben an, wenn die Geber den Beamten nur für zuständig hält und der Beamte dies erkennt. Vgl. i.ü. RG 1,124; 1,153; 21,51; 51,113.

Diesen Ansichten kann jedoch nicht gefolgt werden. Wie Hälschner ¹²⁰⁾ mit Meyer ¹²¹⁾ richtig betont hat, kann eine Simulation durch einen Beamten oder ein Irrtum eines Dritten nie bewirken, daß sich eine auf Grund einer solchen Handlung erlangte Sache in amtlichem Gewahrsam befindet. Die von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht läuft darauf hinaus, daß für den Begriff der amtlichen Eigenschaft nicht die Abhängigkeit der Gewahrsamsverschaffung von den objektiv vorhandenen Amtsbefugnissen, sondern von der Beamtenstellung als solcher entscheidend ist. Damit gerät diese Ansicht in Widerspruch zu der von den gleichen Autoren vertretenen Auffassung, daß nämlich § 350 StGB nicht das Vertrauen in die Korrektheit der Beamtenschaft schlechthin schütze (Vgl. ob.). Denn auch in den Fällen der Amtsanmaßung nützt der Beamte im wesentlichen nur diesen allgemeinen Vertrauenstatbestand aus und mißbraucht das Ansehen, das die Beamtenschaft genießt. Damit ist auch eine begriffliche Trennung vorstehender Irrtumsfälle zum sog. "Handeln bei Gelegenheit der Amtsausübung" nicht mehr möglich, denn es macht letztlich keinen Unterschied, ob einem Beamten eine Sache dienstlich zugänglich ist, er sich also auf Grund seiner, mit seinem Amt verbundenen Möglichkeiten leichter an die Sache heranmachen kann, oder ob er sich die Sache durch ein Täuschungsmaöver gegenüber dem Publikum verschafft. Denn auch hierzu

120) II S. 1057

121) S. 680

befähigen ihn die mit seinem Amt verbundenen Möglichkeiten. Daneben bestehen Bedenken auch in dogmatischer Hinsicht: Hängt das Vorliegen der amtlichen Eigenschaft davon ab, ob der entgegennehmende Beamte erkennt, daß der Übergebende sich in einem Irrtum hinsichtlich der Zuständigkeit befindet, so hängt ein Teil des objektiven Tatbestandes der Amtsunterschlagung von Vorstellungen und Erkenntnissen des Täters ab. Der Bürger ist in den Fällen der Amtsanmaßung auch keineswegs schutzlos, wenn man von der Anwendung des § 350 StGB absieht. Es besteht einmal die Möglichkeit einer Bestrafung nach §§ 132 oder 263, zum anderen können die bürgerlichen Ehrenrechte auch bei einer Bestrafung nach § 246 StGB aberkannt werden (§ 248 StGB.)

Lebenslauf

Am 14. Januar 1935 wurde ich als Sohn des Hauptmann der Luftwaffe Fritz Pusinelli und seiner Ehefrau Irmgard, geb. Nill, in Augsburg geboren. Von 1941 bis 1945 besuchte ich die Volksschule, anschliessend das humanistische Gymnasium bei St. Anna in Augsburg. Nach Ablegung der Reifeprüfung im Jahre 1953 studierte ich 7 Semester Rechtswissenschaft an der Universität München. Nach Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung im Sommer 1957 trat ich in den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar.

